

جامعة الجزائر

معهد العلوم القانونية والادارية

العرف كمصدر للقانون الدولي العام

بحسب

لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي
والعلاقات الدولية

مقدم

من الطالب مولود مديه
تحت اشراف الأستاذ الدكتور عبد الكريم شرحولي

لجنة المناقشة

الدكتور	رئيسا .
الدكتور	مقررا .
الدكتور	عضوا .
الدكتور	عضوا .

(أ) الإفتتاح :

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

یَقُولُ اللّٰهُ عَزَّ وَجَلَّ :

” أَلَمْ تَرَ كَيْفَ ضَرَبَ اللّٰهُ مِثْلًا كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ (26) تُوْتِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا ، وَيَضْرِبُ اللّٰهُ الْأَمْثَالَ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ (27) وَمِثْلَ كَلِمَةٍ خَبِيثَةٍ كَشَجَرَةٍ خَبِيثَةٍ اجْتُثِّثَتْ مِنْ فَوْقِ الْأَرْضِ مَا لَهَا مِنْ قَرَارٍ (28) يَثْبُتُ اللّٰهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ ، وَيَضْرِبُ اللّٰهُ الظَّالِمِينَ . وَيَفْعَلُ اللّٰهُ مَا يَشَاءُ (29) . ”

صَدَقَ اللّٰهُ الْمَطْبُوعِ

• مِنْ سُورَةِ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ •

(ب)
الإهداء

تنقضي الأعمار وتبقى الأعمال قبل سنتين من هذا التاريخ
إرتمت كلية الحقوق لنبا وفاة الأستاذ المرحوم مالك
بوعلام - أستاذي المشرف، الذي يمود له الفضل الكبير في إنجاز
هذا البحث. لذا فإنني أقف وقفة إجلال أمام روحه التي فاضت
إلى بارئها. وأسأل الله العملي القدير أن يتغمده برحمته
نة وأن يسكنه فسيح جناته. إنه على ما يشاء قدير
نجابة جدير.

رت الأحوال وتوالت التشجيمات، واكمل البحث و

لد لله. وما أنا أمديه إلى :

للة مديه الكبيرة.

وأبي.

ني الأربعة وعائلاتهم.

ني الصغيرة.

لذ الأقران والزلاء.

أولاد عبد الهادي في 1986/12/08.

التوقيع : مولود مديه.

تم تصحيح هذا البحث قبل وبعد الطباعة. ولعمل الفاروق الكريم يندبه
إلى ذلك. وعليه فله نبي أعتذر له عن وقوع هذه الأخطاء. سوا. تم تصحيحها
أوسهوت عنها.

الشـكـر

أغتنيم فطرملة طيب اللمة هذا القبل على المتواضع لأقدم شكري
 الجزيل إلى كل الذين ساهموا من قريب أو من بعيد لظهور
 هذا البحث إلى عالم الواقع . وإنني أخص بالذكر منهم :
 - الأستاذ المحترم عبد الكريم شرحولي عن توجيهاته
 القيمة وتضحيته بالعائلة الصيفية ووفائه بالمواعيد .
 - كل أساتذة كلية الحقوق (الجزائر) الذين ساهموا في تكويني أو
 قدموا لي التوجيهات والمعلومات لإتمام البحث .
 - كل الزملاء الذين ساهموا بالكتب أو المعلومات أو الكلمة الطيبة .
 - سليمان إبراهيم الذي قدم لي يد المساعدة للحصول على الكثير من
 المراجع .
 - كل مسؤولي وموظفي وعمال المعهد الوطني للتجارة الذين ساهموا
 في كتابة أو سحب هذا العمل المتواضع .

التوقيع : مولود مدييه .

تضيرت ببنية المجتمع الدولي في المرحلة اللاحقة للحربين العالميتين تضيرا جوهريا . حيث شهد المسرح الدولي ظهور عدة عناصر تكسر ذلك ، نذكر منها ما يلي :

ظهور إيديولوجية جديدة مناقضة للإيديولوجية الرأسمالية؛ التي كانت سائدة قبل ذلك الوقت . مما أدى إلى القضاء على التجانس بين الأنظمة المكونة للمجتمع الدولي المطلق " النافي المطلق " من جهة ، وفتح المجال لظهور مرحلة جديدة تمتاز بعدم التجانس بين الأنظمة السياسية التي يتشكل منها المجتمع الدولي من جهة ثانية .

إذا كان كل نظام يتبنى مبادئ متناقضة مع المبادئ التي يتبناها النظام المقابل ، فإن ذلك أدى إلى نتيجتين رئيسيتين :

1 - وقوف أنصار الإيديولوجية الاشتراكية ضد قواعد القانون الدولي السائدة ، بحجة أن أصلها رأسمالي ، إحتكاري واستعماري .

2 - تم تبني سياسة التعايش السلمي بين القوتين العظيمين؛ لقد شهدت هذه المرحلة ظهور حركة شعبية عارمة تنادي بحقوقها في الإستقلال الوطني ، وتكوين الدول على غرار الشعوب الأخرى . وهكذا قامت حركات التحرير بشعوب غمار الحروب التحريرية في كافة أرجاء العالم . خاصة في إفريقيا التي توجت باستقلال إحدى عشرة دولة سنة 1960 . كما تم بفضل هذه الفعاليات إصدار القرار 1514 المتعلق بحق الشعوب في تقرير المصير في نفس السنة .

لقد أدت هذه الحركة التحريرية إلى زيادة عدد الدول في المنظومة الدولية (1) . وبذلك تضيرت بنيتها الكمية ، وأصبحت الدول

(1) - بلغ عدد الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة سنة 1985 حوالي مائة وتسعة وخمسين دولة (159) .

الإستثمارية تشكل الأقلية في المجتمع الدولي . وأمام هذا الوضع أرادت الدول الإستثمارية تكريس تبعية الدول الجديدة لها وخدمة مصالحها الخاصة بتبنيها طريقة أخرى ، تمثلت في محاولة إخضاع الدول الجديدة للقواعد القانونية التي وضعتها أيام "عزها ومجدتها" الإستثماريين . ولكن الدول الجديدة نالت إستقلالها بصد أن أسقطت العديد من قواعد هذا القانون كقواعدي الأقاليم المباحة والحقوق المكتسبة . فكيف ترضى بالقواعد التي تكونت في غيابها ولا تخدم البتة مصالحها ؟

تضاف إلى المتغيرات السابقة، متغيرات أخرى ذات طبيعة قانونية ، نذكر منها :

الرأي الإستشاري الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في قضية وسيط الأمم المتحدة ، المفتاح في فلسطين، السيد " الكونت بيرنادوت " بتاريخ 1949/04/11 . حيث طلبت منظمة الأمم المتحدة من المحكمة إبداء رأيها في إمكانية رفع المطالبة دولية ، بشأن التصويص عن النشائر والأضرار التي أمارتها من جراء إغتبال وسيطها السالف الذكر . لقد قضى رد المحكمة الواضح والجازم على الجدل الذي كان سائدا حول تمتع المنظمات الدولية بالشمسية الدولية . حيث قالت بأن خمسين دولة كافية لإنشاء كيان موضوعي تكون له العجة على الكافة . فاعترفت بذلك بالشمسية الوظيفية للمنظمات الدولية ، محدثة بذلك تمديلا لها في فكرة الشمسية الدولية ، التي كانت تقوم على فكرة السيادة . وترتب على ذلك إتساع مفهومها ، بحيث أصبح يشتمل على الدول والمنظمات الدولية .

هذا ويمكن أن نشير إلى القرار 1514 الصادر سنة 1960 الذي ينص على بحق الشعوب في تقرير المصير، ويدعو الدول إلى مساعدة الشعوب المستعمرة للخروج من الإستعمار . طبقاً للأهداف الواردة في المادة الأولى الفقرة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة . وهو ما كان بمثابة الضربة القاضية للسياسة الاستعمارية .

كما يمكننا أن نشير إلى المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 ، والتي تم تبنيها بأغلبية (87) صوتاً مقابل معارضة (8) دول وامتناع (12) دولة عن التصويت⁽¹⁾ . وبذلك ظهرت القواعد الآمرة الدولية رسمياً على صعيد العلاقات الدولية . وأمام هذا الوضع الجديد يحق لنا طرح السؤال الآتي : هل تبقى صناعة القواعد القانونية الدولية بصورة عامة، والعرف بصورة خاصة تستند على العمل الدولي بعد هذا التاريخ ؟ أو على أقصى تقدير بعد سنة 1980 تاريخ دخول الاتفاقية المعنية حيز النفاذ ، أم تحصل الشرعية محل العمل الدولي ؟ وإذا كان الأمر كذلك ، فما هو أثر القواعد الآمرة الدولية على القواعد القانونية الدولية القائمة ؟ والقواعد التي ستقوم في المستقبل وما أثر ذلك عملياً على سيادات وإرادات الدول ؟ إذ من المعروف أن القانون الدولي يعني مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات المتبادلة بين الأشخاص الدولية . وطالما أن المفهوم التقليدي للشخصية الدولية يقوم على السيادة ، فإن القانون الدولي يمتاز بالتكوين اللامركزي أي بالصفة التنفيذية ، حيث يساهم المشاركون به في إنشائه . عكس الأنظمة القانونية الداخلية التي تصرف أجهزة خاصة تقوم بهذه المهمة ، بصورة عامة وتمتاز أحكامها بالصفة التنفيذية . وعليه فإن الإرادة هي

(1) - Robledo (A.G.) Le ius-cogens international, sa genèse, sa nature ses fonctions - R.C.A.D.I., 1981. III, Tome 172, London 1982, P:68 .
MARTINUS

المصدر الموضوعي لكافة المصادر التي ذكرتها المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية .

فإذا صدرت، هذه الإرادة، بشكل صريح سميت بالمعاهدة . ويتم حل الخلافات التي تنشور بصددها ، إما بالعودة إلى نصوصها (نصوص المعاهدة يفسر بعضها بعضا) أو بالرجوع إلى الأعمال التفسيرية . أما إذا صدرت بشكل ضمني ، فإنها تسمى بالعرف ، وطالما أنه غير مكتوب ، فإنه يمتاز بالمرونة والغموض ، وهو ما يزكي ويزيد من اعتماد الخلاف حوله ، ابتداء من تعريفه وإثبات وجوده ، إلى تحديد أطرافه وتفسير أحكامه .

إذا كانت أغلب أحكام القانون الدولي قد تكونت في غياب الدول الجديدة ، فكيف يمكن أن تنصاع لها رغم أنها لم تساهم في انشائها ؟ وإذا كانت البلدان النامية تتمسك وتصانق قواعد الظالمة ، فما ملأ هذه القواعد ؟ وما السبيل إلى إيجاد قواعد عادلة ؟ وإذا كانت القواعد العرفية قد تكونت في ظل بنية النائي المغلق ، فكيف يمكن التوفيق بينها وبين التغيرات التي طرأت على بنية المجتمع الدولي على النحو الذي رأيناه أعلاه ؟

مما لا مفر منه ، أن النزاع قائم بين وجود قواعد عرفية تكونت في الماضي ، وبين ظهور دول ومباني جديدة على الصعيد الدولي . فكيف يمكن الخروج من هذا الصراع ، وبعبارة أخرى ، كيف يمكن حسن استغلال موضوع الصرف ؟ كيف يمكن أن يتحول من كابسوس مسلط على البلدان النامية إلى أداة تخدم مصالح كافة الدول ، أو بالأحرى كيف يمكن أن يكون الصرف مصدرا للقانون الدولي العام ، في ظل هذه الظروف ؟

إذا كانت أغلب البلدان النامية تتبنى فكرة القواعد الأمرة الدولية،
 ألا يمكن أن نعود إليها لمساعدتنا على تحقيق ذلك .
 وإذا كانت هذه الدول تريد طرح مشكل العرف بجديفة ، فإنه من الأجدر
 بها أن لا تفعل ذلك بممزل عن الشرعية الدولية . ذلك لأن اعتماد
 مميأر العمل الدولي يعني بشكل أو بآخر ، العودة إلى الفعالية
 وسياسة القوة . وهو ما لا يخدم مصالحها .

تظهر أهمية دراسة العرف من خلال التفسيرات الكمية والنوعية
 والقانونية والسياسية التي شهدتها المجتمع الدولي . حيث نلاحظ
 التفلب المعددي للبلدان الجديدة على الدول الإستثمارية .
 ولذلك فإن تبني الأغلبية لقيام القاعدة العرفية ، يعني تكريس
 مواقف العالم الثالث . وإذا كان بعض الكتاب يريدون تضيير هذا
 المميأر بمميأر الفعالية أو القوة ، حيث يربطون الأغلبية بنوع
 المدبل المصوتة وقوتها . فإن ذلك ليس إلا تهريا من المميأر الأول ،
 الذي أصبح يميل لصالح البلدان النامية (1) . ولذلك فإنه ينبغي
 على هذه الأخيرة أن تتفطن للمخاطر المترتبة على ذلك ، وأن
 تسمى جاهدة لتكريس مميأر الأغلبية المعددية ، وأن تقوي
 مركزها عن طريق الإستمسانة بالشرعية الدولية ، التي بدأت تتأكد
 شيئا فشيئا ، منتهزة بذلك فرصة إنقسام المجتمع الدولي
 إلى الكتلة الرئيسية المعروفة (الكتلة الغربية ، الكتلة الشرقية ،
 كتلة عدم الإنحياز) لخدمة مصالحها ومصالح الشعوب المستضيفة ،
 للتخلص من القواعد العرفية الظالمة ، وللمساهمة في إقامة قواعد
 قانونية تخدم قضايا التحرر السياسي والإقتصادي في العالم .

(1) - محمد بجاي - من أجل نظام إقتصادي دولي جديد بالجزائر -

المشركة الوطنية للنشر والتوزيع - 1981 م 186 .

لكن كيف يتسنى لنا القيام بهذه المهمة من خلال هذا البحث؟ وما هي الطريقة المعتمدة لذلك؟

من المؤكد بأن هذا البحث لا يقدم الحل النهائي لهذه المشاكل، ولكنه يبدي الإمكانيات التي تبدو بأنها تؤدي إلى ذلك، ولا يمكن أن يتأتى ذلك إلا باتباع منهجية مناسبة. فما هي المنهجية المناسبة لدراسة موضوع "العرف كمصدر للقانون الدولي العام"؟

من المعروف أن أغلب قواعد القانون الدولي ذات أصل عرفي، ولذلك فإن دراسة موضوع العرف يكاد يعني دراسة القانون الدولي ككل، نظراً لانتساع الموضوع وبموليمته لكافة مجالات القانون الدولي. وحتى لانتساعه في الموضوع، أن الطريقة التحليلية للأحداث، وللمعاصر المتصلة بتصميم الموضوع، واستنتاج ما يمكن استنتاجه منها، هي الطريقة القادرة على مساعدتنا للوصول إلى النتيجة المرغوبة. غير أن ذلك لا يعني عدم الرجوع إلى الطرق الأخرى، إذا كان الأمر يستدعيها. ولذلك فإننا نعود إلى الطريقة التاريخية عندما ندرس بعض النقاط الأكاديمية كمطاولات التدوين، وإلى طريقة التلخيص عندما تواجهنا بعض النقاط والمائل المرضية.

ولكي نتحوم بهذه الدراسة، رأينا تقسيم الموضوع إلى بابين. نتناول في الأول العرف في الفقه والعمل الدوليين، حيث نتعرض فيه لتحديد مفهوم العرف ومجمل القضايا التي ترتبط بقيامه من جهة، ولمكانته بين مختلف المصادر من جهة ثانية.

وفي الباب الثاني ندرس تكريس وتطوير العرف، حيث نتعرض لكافة المشاكل التقليدية والحديثة المتفرعة عن التدوين. ونتناول فيما بعد الإطار المقترح لقيام القاعدة المصرفية. وذلك على النحو الآتي.

السباب الأول

المعرف في الفقه والممثل الدوليين

الفصل الأول

المعرف في الفقه الدولي

يتمتع المعرفة من أكبر المواضيع التي استقطبت إهتمام الكتاب منذ القديم . ومع ذلك فإنه لم يتم الاتفاق على طبيعته ولا على مفهومه ، ولا على مركزه القانوني بين مختلف المصادر . وأمام هذا الوضع فإننا نضطر إلى تعدد مفهوم القاعدة العرفية أولاً . نسمي الإنطلاق لدراسة أركانه وكيفية نموه وأنواع قواعده .

المبحث الأول

مفهوم القاعدة العرفية

تعود الصعوبة التي يتكلم عنها الكتاب⁽¹⁾ إلى غموض الموضوع وتباين مواقف الكتاب . وأمام هذه الصعوبة ، ينبغي اختيار معيار سليم للقيام بهذه المهمة . ورأينا أن معيار الإرادة هو الذي يخدم بحثنا أكثر من المعايير الأخرى⁽²⁾ . ولذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :

- 1 - المفهوم الإرادي للقاعدة العرفية .
- 2 - المفهوم الإرادي للقاعدة العرفية .
- 3 - المفهوم الموضوعي للقاعدة العرفية .

(1) - راجع في ذلك : محمد طلعت الفنيسي - الأحكام العامة في قانون الأمم -

منشأة المعارف بالإسكندرية - 1970 . ص 85 . محمد السعيد الدقاقي -

النانون الدولي في المصادر والأشخاص - الطبعة الأولى بيروت الدار الجامعية

1981 ص 143 .

(2) منها المعيار انوصفي الذي يقسم الفكر البشري إلى ثلاثة مراحل : دينية

فلسفية وعلمية . والمعيار التاريخي الذي يعتمد ثلاثة معايير كذلك :

القانون الطبيعي ، القانون الوضعي ، النظام الأوروبي . والمعيار الجغرافي

السياسي . راجع في ذلك : محمد طلعت الفنيسي - المرجع السابق - ص 85 .

المطلب الأول : المفهوم اللاإرادي للقاعدة العرفية .

يذهب البعض إلى أن القانون ، وبالتالي العرف ، هو نتاج خارج عن إرادة الإنسان . يمكن أن يكون مصدره الطبيعة أو المجتمع . يطلق على الصنف الأول اسم أنصار المدرسة الطبيعية ، وعلى الثاني اسم أنصار المدرسة الاجتماعية .

الفرع الأول : أنصار المدرسة الطبيعية .

يتمركز هؤلاء حول⁽¹⁾ فكرة العدل ، الحكمة ، القانون المشترك بين جميع الكائنات ، القانون الضروي ، القانون الموضوعي . وبعبارة أخرى فإن القانون الطبيعي عادل ، حكيم ، مشترك بين مختلف الكائنات وضروي وموضوعي . يظهر إلى عالم الواقع عن طريق العقل ؛ حيث يستخلص قواعده نظرا لحكمته أو يكشفها من طبائع الأشياء والإنسان . لقد تأثر هذا الاتجاه في البداية بالاتجاه اللاهوتي⁽²⁾ ، حيث نجد بعض الكتاب يقولون بأن الله خالق القوانين الطبيعية وعرسها في البئر ، وليس للعقل سوى استخلاصها⁽³⁾ .

جاء " قروسيوس " فقلّمن هذا الاتجاه . وقسم القانون إلى قانون طبيعي ، باعتباره يمثل متطلبات المدد والشرف ، والحاجة الاجتماعية⁽⁴⁾ ، وآخر إرادي . وجعل هذا الأخير تابعا للأول باعتباره مستمد منه عن طريق العقل . وينقسم القانون الإرادي تبعا لرأي " قروسيوس " إلى المصاهدة

- et voir : LE FUR (L.), Théorie du droit naturel depuis le 17ème siècle et la doctrine moderne. R.C.A.D.I. 1927 . II. T.17.P.271. (2)/...
- AINSIN QUE GIANNI (G.), La coutume en droit international, PARIS, PEDONE 1931. P.: 46
- Rousseau (Ch.) , droit international public, T.:1, introduction et sources, PARIS, SIREY 1971 P.31. (1)
- voir ,SCOT (JB) , VITORIA et SUAREZ : contribution des théologiens au droit international , PARIS Pedone 1939 . (2)
- GIANNI (G) , ibid , P : 30 (3)
- GIANNI (G) , ibid , P : 19 (4)

(الرضا الصريح) والعرف (الرضا الضمني) • وتكمن قوتها الإلزامية في مطابقتها للقانون الطبيعي⁽¹⁾.

جا • " فريدريك وولف " (1679 - 1754) فأكمل الطريق وقسم القانون إلى القانون الضروي (الطبيعي) والقانون الوضعي • وقسم هذا الأخير إلى القانون المتأتي من رضا الدول الصريح (المعاهدة) والمتأتي من رضا الدول الضمني (العرف) ، والمتأتي من رضا الدول المفترض وهو القانون الذي يطبق على الدولة بمجرد دخولها إلى المجتمع الدولي⁽²⁾.
يقع العرف، تبعا للتقسيمين السابقين تحت هيمنة القانون الطبيعي • وهو اتفاق ضمني • لكن أصبح القول بأن العرف اتفاق ضمني تم في حدود القانون الطبيعي كتمريف •
إن المجاملة والسادة اتفاقان ضمنيان تما ضمن حدود القانون الطبيعي •
فما الفرق بين العرف، والمعاهدة والمجاملة •

حاول البعض تمريفه بقولهم : العرف اتفاق ضمني تم في طبقة ما تحت الشمسور⁽³⁾ • وفي الحقيقة، فإن هؤلاء لم يفيروا من الصيغة القديمة إلا قليلا • فبينما كانت تقضي باكتشاف القواعد الكامنة، فينا، أصبحت تكشف عن القواعد التي تتم فينا •

إن أقل ما يمكن أن يقال لهذا الصنف، أنه لا يمكن تفسير طبقة ما تحت الشمسور إلا باللاشعور • وحينها يكون العرف متمثلا في الفريزة وهو ما يمكن أن نسميه بالواقعة القانونية، الأمر الذي لا يتفق مع الرأي الراجح حول نظرية العرف • ٤٢٠٣٥٢

حاول البعض التهرب من هذه المفارقة التخريبية بالقول بأن :
" الإنسان يكشف بمقله القواعد القانونية ... والأخلاقية الكامنتان فينا ... القانون الوضعي لا يعمل سوى تحديد القانون الطبيعي عن

(1) - QUADRI (R.), Le fondement du caractère obligatoire du droit inter-national public, R.C.A.D.I. 1952. I., T: 80 PARIS, SIREY 1953 P:594. et GIANNI (G.), op; cit, P.: 18.

8 Le Fur (٩) Théorie du droit naturel depuis le 17^{siècle} et la doctrine moderne, R.C.A.D.I. Leve, AN et illoof, 1927, P:329 et GIANNI (G) La coutume en droit international, cit, P: 37 .

- Voir: GIANNI (G.), Ibid, P.93

- (3)

طريق إصداره وإضفاً الجزاء عليه ... " (1).

بان أقل ما يقال لمؤلا، أنه إذا كان القانون كامناً فينا، لماذا يحتاج إلى الكشف والإصدار لكي يتحول ويمود إلينا ملزماً. الأتكفي الفطرة...⁽²⁾

وخاصة القول تتمثل في عجز هذه المدرسة عن تقديم مفهوم واضح للعرف. إذ ما هي مبادئ القانون الطبيعي؟ هل تتماشى استخلاصات المقول لهذه المبادئ المستمدة من طبائع الأشياء؟ وفي ظل الانقسام الدولي الحالي، بأي عقل نأخذ؟ وهل تتمتع النتائج المستخلصة بالصفة المطلقة أم النسبية؟ وعلى كل، فإن الإجابة بالسلب أو بالإيجاب (على هذا الأخير) يعني تدهور النظرية. فإذا كانت النتائج مطلقة، فإن ذلك يعني تحجر وتوقف ميدان العرف. وإذا كانت نسبية، فإن ذلك يعني عدم استقرار النتائج التي نتصل عليها باستعمال العقل. مما يجعل هذا الأخير أداة مشكوكا فيها. وهو ما يمس صميم النظرية. حاول مؤلا تفسير المجهول بالمجهول. الأمر الذي أفرغ المحاولة من أية قيمة واقعية ويجعلها مجرد بناء نظري.

الفرع الثاني: أنصار المدرسة الاجتماعية.

يعمد من أنصار هذه المدرسة كل من " سافيني "، " دوجي "، " جورج سال "، رومانو "، " بوليتيس " و" جاني قريقوار " و" علي صادق أبو هيف ".

يتمحور مؤلا حول فكرة التضامن الاجتماعي، الشعور القانوني المشترك، الحاجة الاجتماعية، الإنتماء إلى الوسط الاجتماعي وإرادة الهيكل الاجتماعي.

- Le fur (L.), thèrie du droit naturel. Cite P.303.

وهكذا يمتد نفوسهم بأن القانون ضرورة إجتماعية ، ونتيجة حتمية للتضامن اللازم بين الأفراد والجموع⁽¹⁾، وتبعا لذلك فإن " كل قاعدة ... تحس ضمائر الأفراد بضرورة صيرورتها ملزمة ، تصبح قاعدة قانونية " . ويترتب على ذلك أن العرف " ليس محلا للرضا " وإنما يفرض بفضل القوة التي يحملها في ذاته . " (2) ، أو هو الحد الأدنى للأخلاقية الضرورية لوجود المجتمع⁽³⁾ ، وفي كلا الحالتين فإن العرف ليس تصرفا إراديا .

يقع هو * لا في مفارقة عجيبة ، تتمثل في كيفية التوفيق بين جعل القانون مرتبباً بإحساس ضمائر الأفراد من جهة ، ونكران الإرادة من جهة ثانية . فما هي قيمة الإحساس في ظل إيمان الرضا ؟ وجعل العرف يفرض نفسه بالقوة التي يحملها في ذاته ؟ ثم ما هي التقنية التي تعبر ضمائر الأفراد من خلالها على ضرورة صيرورة قاعدة ما ملزمة ؟

حاول الأستاذ " بوليتيس " التهرب من هذا السؤال بافتراض العرف ، واقعة مجردة ذاع الصعور بوجودها " (4) . ولكنه وقع في شرك ضرورة التمييز بين العرف، والعادة .

كما حاول الأستاذ " دوجي " تحديد هذه التقنية عن طريق تقسيم ظهور القاعدة إلى مرحلتين ؛ تكون في الأولى عبارة عن قاعدة أخلاقية وفي الثانية تتحول إلى قاعدة قانونية ، تستمد إلزاميتها من ضرورة احترامها لحسن سير الجماعة⁽⁵⁾ . لذلك لم يفلح في تحديد

(1) - كما يرى " دوجي " و " سال " نقلا عن علي صادق أبو هيف، القانون

الدولي العام للطبعة 11 - الإسكندرية منشأة المعارف سنة 1975 ص 89 .

(2) - كما يرى " دوجي " نقلا عن Thierry (H.), droit international public PARIS, MONTCH RESTIEN, 1981 P.:117.

(3) - Gianni (G.), op Cit , P.:172.

(4) - ويماطره في ذلك " سال " . راجع في ذلك حامد سلطان - ق.د.ع في وقت

السلام - ط6 القاهرة دار النهضة العربية 1976 ص 15 .

(5) - أنظر محمد طلعت الزيني - الأحكام العامة ... المشار إليه ص 103 .

هذه التقنية • ولم يحدد من له سلطة إعلان هذه الإلزامية •
بعد هذه المحاولات نتطرق لرأي الأستاذ علي صادق أبو هيف الذي
يقول فيه :

” ••• وهذه القواعد تنشأ تبعاً وتفرض وجودها، نتيجة الحاجة
إليها • وتثبت بإقرار الدول لها، أما ضمناً بالتواتر على اتباعها •
وإما صراحة بالنص عليها في المعاهدة ••• واحترام الدول ••• تلبية
••• ضرورات الحياة في المجتمع البشري (1) ”

إنها محاولة جريئة لتعديد هذه التقنية، بالاعتماد على عملية الأقرار
لكن إلى أي مدى تصح هذه الفكرة ؟

المعروف أن الفقه الدولي والعمل والقضاء لا يمتصون إدراج الأعراف
في المعاهدات، وهذا ما يتم فعلاً في مؤتمرات التدوين • وانطلاقاً
من هذه الملاحظة نصل إلى نتيجة خطيرة تتمثل في أن العرف
هو المصدر الوحيد للقانون الدولي؛ طالما أن القانون تفرضه الحاجة
الاجتماعية، ويتم إقراره صراحة أو ضمناً، ويترتب على ذلك
استبعاد دور الإرادة في إنشاء القانون وجعل هذا الأخير مجرد واقع
تقره الدول • وهذا يعني وجود نظام قانوني لا يتمتع أشخاصه
بالإرادة • وهو ما لا يتفق أبداً مع الحقيقة والواقع •
ومع وجود هذه الملاحظات، فإن هناك فكرة محورية لا يستهان
بها؛ تتمثل في تبعية العرف خاصة، والقانون عامة، لواقع هو
أعلى منه • سواءً تمثل ذلك في الضرورة الاجتماعية أو الطاجية •
وهذا يعني عدم إمكانية وجود قاعدة مخالفة لهذه المتاور • وهكذا فإن
الفريق المناصر لإرادة الهيكل الاجتماعي يصرحون بسمو (2) إرادة
الهيكل الاجتماعي على الأعراف والاتفاقيات الدولية •

(1) - علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - المرجع السابق ص 90 •

(2) - راجع في Quadri (R.), cours général du droit international public, R.C.A.D.I., 1964. III, T.: 113, LEWDE, AW.SIJTHOFF 1966. P.320.

وأخيراً فإن مختلف الآراء لم تستطع تبديد الفموض البيئي يحوم حول فكرة القانون عموماً والعرف خصوصاً . مع اعترافنا بأن العرف يولد في المجتمع ويمعش فيه . لكن كيف يولد . وكيف يمشي . وما هي الحدود التي ينبغي أن يتبلور فيها ؟
 مهملنا البحث عن الأجوبة لهذه الأسئلة إلى المطلب الآتي .

المطلب الثاني : المفهوم الإيراني للقاعدة العرفية .

يذهب نفر من الكتاب إلى إقامة القانون على إرادة أشخاص القانون الدولي العام . وانطلاقاً من مبدأ سيادة الدولة وعدم خضوعها للقانون إلا بإرادتها المنفردة⁽¹⁾ توصل البعض إلى القول بفكرة التقبيد الذاتي . ولما كان هو لا . يهتدون كيان القانون الدولي فإننا نستبينهم من هذه الدراسة . لتعذر الحديث عن مفهوم القاعدة العرفية هي ظل هذا الاتجاه ، وبما لذلك يبقى لنا اتجاهان رئيسيان هما اتجاه الإرادة الجماعية والإرادة المشاركة .

الفرع الأول : باتجاه الإرادة الجماعية .

ببناصر هذا الاتجاه كل من " تريبال " و " أنزيلوتي " و " كافاليري " حيث يمتقدون بأن القانون الدولي يصدر عن إرادة مشتركة بين دولتين فأكثر . ويترتب على ذلك ظهور إرادة جماعية تشمل إرادات الأعضاء ، فيتحقق بذلك الشرط الأساسي لصحة القانون . وهو ضرورة صدوره من سلطة عليا تفوق سلطة الأعضاء⁽²⁾ بل أحكامه ومن ثم يستمد القانون أساس قوته الإلزامية . وتبعاً فإن الدولة لا تستطيع سحب رضائها بمد إصداره⁽³⁾ .

أما العرف بالنسبة لهو لا ، فهو اتفاق ضمني انصرفت إليه الإرادة الضمنية للجماعة . وهو ما يشير إليه الفقه الأنجلو سكسوني حيث يرى الأستاذ " ويستلاك " بأن العرف يمثل في السلوك البيئي يرتضيه

(1) - راجع في ذلك : محمد طلعت الفنيمي بالحكام العامة في قانون الأمم -

المشار إليه - ص 120 . والأستاذ حافظ غيانم - مباني القانون الدولي

العام - القاهرة دار النهضة العربية 1972 ص 85 .

(2) - محمد عزيز شكوي - المدخل إلى ق 50 ع وقت السلم - القاهرة دار الكتاب

1968 ص 43 .

(3) - كما يرى أنزيلوتي نقلاً من رسالة " جاني قرقوار " المشار إليها ص 77 .

المجتمع باعتباره ملزماً " أو هو السلوك غير المنتج في حقيقته؛ كما يمتد الأستاذ " وليام هال (1) .

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ محمد سمامي عبد الحميد ما يلي (2) :

" القاعدة العرفية قاعدة قانونية غير مكتوبة؛ يتواتر الأشخاص القانونيون المكونون لجماعة معينة على الإنصياع لها ، لعلمهم بتمتعها بوصف الإلزام القانوني ، الناتج عن انصراف الإرادة الضمنية للجماعة (أو الفئة المسيطرة عليها) إلى تكليف كافة أعضائها بالخضوع لحكمها ، بصدد ما ينشأ بينهم من علاقات تنظمها "

وفي الحقيقة ، فإن الإرادة الجماعية تفتقر التجانس بين الإرادات ، فإلى أي مدى يصح ذلك في العلاقات الدولية ؟

كان التجانس موجوداً وقت سيادة النابى المطلق ؛ حين كانت العائلة الدولية تتكون من الدول المسيحية فقط . أما الآن فقد تضررت بنية المجتمع الدولي كميًا وكيفيًا ، مما يجعل الحديث عن الإنسجام بين إرادات أمراً صعباً .

وفي ظل التنظيم الدولي الحالي ، إلى أي جهاز تستند هذه المهمة . يتكون مجلس الأمن من عدد محدود من الدول ، مما يجعله سلطة تشريفية في حالة إسناد هذه المهمة إليه . وهذا ما لم تنتج له نسبة أنصار هذا الاتجاه . وتبقى الجمعية العامة الوسيلة الأغيرة لأخذ إرادتها بعين الاعتبار ، لكن الميثاق لم يمنحها ذلك إلا في حدود ضيقة جداً . وبذلك تبقى الإرادة الجماعية مجرد افتراض نظري يحتاج إلى تدعيم واقعي .

(1) - GIANNI (G) , Lacoutume en droit international, cit , P : 88-91

(2) - محمد سمامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام - المجلد الأول : القاعدة الدولية - الطبعة الأولى - القاهرة - مؤسسة

الفرع الثاني: اتجاه الإرادة الشارعة .

يناصر الأستاذ محمد طلعت الفنيemi هذا الاتجاه ، ويمتقداً بأن لقانون "خلق من الإرادة الشارعة لأشخاصه الذين يملكون هذه الإرادة " وأن العرف ليس مصدراً منشأ للقانون الدولي . وليس تعبيراً عنها ، إنه : (2)

صورة من الصور التي تظهر فيها الإرادة الشارعة لأشخاص القانون الدولي ، الذين يملكون تلك الإرادة . وهو ليس تعبيراً ضمنياً وإنما هو تعبير صريح عن تلك الإرادة .

بعضنا ، قائلا : "ومن ثم فهو دليل من أدلة إثبات تلك الإرادة ووسيلة من وسائل تحقيقها . وتبينما فإنه يتماصر - من حيث الوجود الزمني مع الإرادة ، فلا يسبقها ولا يلحقها . " (3).

مبنى هذا أن الإرادة الشارعة تنشئ القانون ، وأن العرف يكشف بعض القواعد مع اعتماده أداة لإثبات الإرادة ووسيلة لتحقيقها . بتفسير كلمة " القانون " والصول على مكوناتها (العرف والمعاهدة) إنما نتحمل على صيغة طريفة ، تتمثل في أن الإرادة تنشئ العرف والمعاهدة . ثم يقوم العرف بكشف بعض قواعد أي العرف ككشف العرف .

إذا كان العرف كاشفاً ، فكيف يكون وسيلة لتحقيق الإرادة الشارعة ؟ إذا كانت مهمة هذه الإرادة تكمن في " خلق القانون " فكيف يكون العرف بالإسراع عليها ؟ وإذا كان العرف نتاج الإرادة الشارعة ، فكيف نتصور إصدار الإرادة الشارعة لتصرف كاشف ، إذ من المعروف أن المشرع عندما ينشئ القانون يكون بصياداً عن كشف وتبني قواعد سابقة . بل أن كلمة " كشف " تعني وجود القاعدة قبل الكشف عنها ، فكيف يمكن

(1) - محمد طلعت الفنيemi - الأحكام العامة في قانون الأمم المتحدة -

(2) - محمد طلعت الفنيemi - المرجع السابق - ص 380 .

(3) - محمد طلعت الفنيemi - المرجع السابق - ص 383 .

التوفيقية عملية "خلق القانون" وجعل العرف ليس منشئاً ثم ما هو الفرق بين العرف والمعاهدة؟ وأخيراً، من يملك الإرادة الشارعة في ظل التنظيم الدولي الحالي؟

هكذا يمجز أنصار المدرسة الإرادية عن تقديم الصورة الكاملة للعرف كما عجزت المدرسة الطبيعية.

لقد تمحورت المدرسة الإرادية - بصورة عامة - حول اعتبار العرف اتفاقاً ضمنياً، ويترتب على ذلك ما يلي:

- 1 - تتحقق المساواة بين العرف والمعاهدة، ويبقى الاختلاف الوحيد متمثلاً في التقنية المتبعة في إنشاء كل منهما. فبينما يكون التعبير صريحاً في المعاهدة، فإنه يكون ضمنياً في العرف. غير أن ^{هذا} يؤدي إلى إشكالية التفرقة بين العرف وما يعرفه الفقه الأنجلو سكسوني من اتفاقيات الشرفاء (غير مكتوبة) خاصة في ظل رأي الأستاذ الفنيمي الذي يعتبر العرف صورة صريحة للإرادة الشارعة.
- 2 - يمكن نكران التكرار على العرف كما فعل الأستاذ الفنيمي (1) و"بيراسي" (2) وهذا يحط على نظرية العرف؛ حيث يجربها من أحد عناصرها.

- 3 - حصر حجية العرف بالدول التي ارتضت به فقط، لأن الدول تتمتع بالحرية في إمكانية الرضا أو الإجماع عنه.
- 4 - كما يمكن عرقلة تطور القانون الدولي بحرمانه من القواعد الدولية الآمرة.
- 5 - هل تخدم هذه النظرية مصالح البلدان النامية؟ ينهب البعض إلى أن هذه النظرية حازت على موافقة (3/4) ثلاثة أرباع سكان العالم، وتتفق المساواة في السيادة (3).

(1) - محمد طلعت الفنيمي - الأحكام العامة في قانون الأمم - المشار إليه؛ ص 374.

(2) - 66Gianni(G.) , Op Cit, P.78

(3) - Chaumont (Ch.), sens de droit impératif (Cours de D.E.A) NANCY - 1977/78.

بتمثيل المرء على هؤلاء في أن النظرية نفسها تقف حائلا ضد البلدان الجديدة، في نضالها للتخلص من هيمنة قواعد القانون الدولي التقليدي. أما مسألة إدراجها مع مبدأ المساواة في السيادة، فليس إلا مراوغة سياسية. لأن المبدأ نفسه نجده مكرسا في المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة. ومن ثم فإنها الكفيلة بتحقيق ذلك.

ثم إن القضاء - بمد أن أخذ بها - بدأ يتشكك فيها خاصة في حكم محكمة العدل الدولية في قضية "نوتون بوهم" وبمد بداية تبلور النظام العام الدولي فمن المؤكد بأن النظرة إلى هذه الإرادة ستتغير وهو ما سنبحث فيه فيما يلي.

المطلب الثالث: المفهوم الموضوعي ورأي الباحث

بمد هذه المجالة حول الاتجاهين اللاإرادي والإرادي، نتطرق للاتجاه الذي يبدو قريبا من الموضوع. مهدين بذلك للمفهوم المقترح الذي نقدمه بهذا الصدد. ولذلك نقسم المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: المفهوم الموضوعي للقاعدة العرفية.

- يدخل تحت هذا العنوان الكتاب الذين تناولوا الموضوع مباشرة منهم السادة "شتروب" و "كلسن" و "فيردروس" و "تامد سلان" و "انزيلوتي في رأيه المعدل".
- يتمركز فكر هؤلاء حول تكون العرف من تكرار السوابق حتى تحصل على القبول العام باعتبارها قانونا. وهي الفكرة التي قال بها القاضي "نقيليسكو"⁽¹⁾ في رأيه الملحق بالرأي الاستشاري للمحكمة الدائمة للعدل الدولية رقم (12) في قضية اللجنة الأوروبية لفسر الدانوب الصادر في 1927/12/08. حيث اعتبر العرف بمثابة

(1) - GIANNI (G) ; Op.cit; P ; 120 et voir MARREK (K) ; Les sources du droit international ? , serie I , V : 2 , CPJI , 1922 - 1945 , Genève , presse de Savoie , 1967 , P: 809 ;

" الحوادث المتكررة ... المشهور القانوني المشترك " ولكنهم لا يتوقفون عند هذا الحد بل اشتراطوا خضوع السوابق لجهة اختلفوا في تحديدها .

فبينما يشترط فيها البعض " التمييز عن قانون العموم " (1). يتطلب فيها آخرون " قبول الدول المتحضرة " (2) أو موافقتها لقاعدة " المقدم شريعة المتماقدين " (3).

وتبعنا لذلك يعرف الأستاذ " شعروب " العرف بقوله :
" العرف هو القانون الذي يعترف به شخصان أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام ، للمساواة بينهما في وسيلة العمل المتماثل الذي ينبغي أن يكون تمييزاً عن رأي قانون الشعوب ، دون أن

يكون بصورة ضرورة كثيرة الوقوع .

وبمباراة أخرى فإن العرف هو تلك القواعد المعبرة عن قانون الشعوب ، والتي يتم الاعتراف بها من طرف الدول عن طريق العمل المماثل المتأثري من التكرار .

يشير الكاتب إلى الرضا ، وإلى الركن المادي ، باستعمال كلمتي الاعتراف " و " العمل المماثل " . مقراً بذلك دور أشخاص القانون الدولي في بلورة القواعد العرفية . ومع ذلك فإنه يسهل الركن السنوي طالما أنه يعتبر العرف اعترافاً بقانون موجود . وهو ما لا يتفق مع ما يراه أغلب فقهاء القانون الدولي ، أي أن الإلزام بالإنزامية يكون مصحوباً للرضا وليس سابقاً له .

أما الأستاذ حامد سلطان فإنه يعرّفه بما يلي : (4)

" العرف الدولي الملزم ، مجموعة من الأحكام ... نشأت من تكرار التزام الدول بها في تصرفاتها مع غيرها في حالات معينة . بوصفها قواعد

(1) - أنظر في ذلك : GANNI (z) , Op ; cit . E: 67 .

(2) - voir , MALLET (E) , Quelques considérations sur la relation entre les principes généraux de droit et la coutume , I.H.E de PARIS , 1981 P:03

(3) - كما يمتد " كلسن " و " فيردروس " . للمزيد من التفاصيل راجع محمد طلعت الفنيمي - الأحكام العامة في قانون الأمم - المثار إليه ص 124 إلى 129 . وحامد سلطان - قدهع في وقت السلم - المثار إليه ص 15 .

(4) - حامد سلطان - المرجع السابق - ص 85 .

ثبت لها في اعتقاد غالبية الدول المتحضرة ، وصف الإلزام القانوني ،
وغني عن الذكر أن الأحكام المرفية تقوم على السوابق . "
بمعنى هذا أن السوابق تولد الإلزام بالإلزامية ، مما يترتب عليه
ظهور قاعدة عرفية ملزمة . فهل يوافق هذا القول حقيقة العرف
كمصدر للقانون الدولي ؟

يعتبر هذا القول إجحافاً في حق أشخاص القانون الدولي ، أو على الأقل
بالنسبة للبلدان النامية . حيث يكون العمل الدولي مياراً لقيام
القاعدة المرفية . وإنه لمؤسف حقاً أن يبقى الكتاب متشبهين
بالعمل الدولي ، في الوقت الذي بدأت تتبلور نظرية الشرعية
الدولية . وعلى كل فإننا نستطيع تأويل عبارة " في حالات معينة "
تأويلاً يخدم الشرعية الدولية .

لقد دار عدد من الكتاب حول فكرة الشرعية ، منهم " كلسن " (1)
الذي رتب القانون في تدرج هرمي وأعطى قاعدة " المقدم شريفة "
المتفادين " الكمو على القواعد الأخرى . لكن الأستاذ السالف الذكر ،
م يوضح كيف تكونت هذه القاعدة الأساسية التي يقر بأنها عرفية .
وكيف تحصلت على قوتها الإلزامية ؟ وهو ما حاول الأستاذ " فيردروس "
الإجابة عنه . حيث يعتقد بأنها تستمد إلزاميتها من القيمة المطلقة
فكرة العدالة (2) . ولكنه لم يوضح ما هي القيمة المطلقة ؟
وما هي العدالة ؟ هل هتان الفكرتان محددتان أم لا ؟ إن كانتا محددتين
فمن قام بتحديدهما ؟ وما هي التعبير المستعملة ؟

نفس السؤال نحيله إلى القاضي " أنزيلوتي " الذي يجيبنا إنطلاقاً
من رأيه المعدل (3) حيث أصبح العرف بالنسبة له يتكون من تطافر
إرادات الدول ، التي لا يمكنها سحب رضائها بعدما تصدره ، لأنها

(1) - نقل عن: GIANNI (G) , la coutume en droit intertational , cit , p79 .

(2) - محمد طلعت الفنيمي - الأحكام العامة في قانون الأمم - السالف الذكر -
الصفحة 129 .

(3) - الوارد في دروسه سنة 1955 نقل عن :

DEVISSICHER (cl.) , Les effectivites du Droit intertational public ,
PARIS , Pedone , 1967 , 72 .

تكون قد ساهمت بجزء يسير من جانبها لتكوين العرف^١ الذي ينبغي أن يكون متفقاً مع الضرورة الاجتماعية والقانون الدولي التأسيسي^(١) لقد اتضح للقاضي الدولي، بعد تجربته، أن النظرية الإرادية وأنها لا تكفي. بل يجب أن تتم في اتجاه وإطار معينين. ألا وهو اتجاه الضرورة الاجتماعية والقانون الدولي التأسيسي⁽²⁾.

إذا كانت فكرة الضرورة الاجتماعية مرنة وشامخة، يتمذر علينا تبنيها. فإن فكرة القانون الدولي التأسيسي تبدو مقبولة خاصة إذا كانت تتضمن القواعد الآمرة الدولية، والمعاهدات السامية، كميثاق الأمم المتحدة. وهذا ما نعتبره دعوة إلى دراسة العرف من زاوية الشرعية الدولية، بمد أن فشلت محاولات تفسيره من زاوية العمل الدولي. وهو ما نأخذه بمعين الاعتبار في المفهوم الذي نقتصره للقاعدة العرفية.

الفرع الثاني: المفهوم المقترح للقاعدة العرفية.

نستخلص من كل ما سبق وجود محورين تشترك فيهما مختلف المذاهب. أولهما يتعلق بالإرادة، حيث رأينا الاتجاه اللازادي يقسم القانون إلى طبيعي وإرادي، ووضعي، على حد تصبير الأستاذ "فريدريك وولف". ورغم أنهم ينكرون الدور الإنشائي للإرادة فإنهم يقرون بدورها الكافي للقانون الطبيعي.

كما رأينا الاتجاه الإرادي وصل إلى درجة تقديس إرادة الدولة، لدى أنصار مذهب التقييد الذاتي (إهرينغ)، ولكن أنصار المذهب الإرادي الآخرين لا يقررون في ذلك. كما أن أنصار الاتجاه الموضوعي يقرون بها، ولو في حدود معينة.

وثاني هذين الأمرين هو التدرج. فبمختار اشتراط أنصار المذهب اللازادي

(1) - نقل عن Devisscher (ch), les effectivites du droit international, PARIS, pédon, 1967, P: 72.

(2) - لقد عبر الأستاذ "دو فيشر" عن ذلك بتطابق العرف مع ضوابط عليا مستقلة عن إرادات الدول، راجع ذلك في مقالة تحت عنوان: -- contribution à l'étude des sources de droit international; mélanges GENY, T: iii PARIS, sirey, 1968, P: 10393..

موافقة العرف للقانون الطبيعي. أشرط أنصار مذهب الإرادة الجماعية خضوعه لهذه الإرادة. وهو ما نادى به عدد من الكتاب الذين ينتمون إلى المذهب الموضوعي.

إن وجود هتئين الفكرتين في مختلف المذاهب، يمتدبر دليلاً على مكانة هذين المحورين في نظرية العرف. وأن أية محاولة تستهين بهما تمتدبر محاولة فاشلة، وتبما لذلك نقدم هذا المفهوم المقترح: المصرف هو تكرار توافق المواقف المشروعة لأشخاص القانون الدولي، حتى تحصلت على عنصر الإلزام. يترتب على هذا المفهوم ما يلي:

1 - أن المصرف هو تكرار توافق...

إن كلمة "توافق" تبدو أقرب إلى معنى العرف من عبارة "الإثفاق الضمني"، باعتبار أن السوابق المساهمة في تكوين العرف إنما هي سوابق مجردة. بمعنى أن الدول التي تأتبهما لا تكون هادفة إلى إنشاء قاعدة قانونية. إن كلمة "توافق" تحمل في طبيعتها إرادة الإثيان بالتصرف، وليس إرادة إنشاء قاعدة عرفية، وهي حقيقة العرف كما تبدو لنا.

تتضمن هذه الكلمة أيضاً شرط التبادل كأساس لقيام القاعدة العرفية. وهو أمر بديهي يفهم من المعنى العادي للكلمة. خاصة عندما تكون مضافة إلى كلمة "التكرار" التي تسبقها.

إن كلمة "توافق" توفق بين اتجاه القضاة أحياناً إلى النظرية الإرادية. وأخرى إلى النظرية غير الإرادية؛ بأن تأخذ الإرادة الكامنة والمفتوحة في مواقف الدول، كبديل عن احتمال وجود مواقف دولية لإرادية تتمسك بها الدول للتحلل من سوابقها.

- 2 - أن المرفق... مواقف...
 إن كلمة "مواقف" تبدو مستجيبة لمطلوب المرفق، أفضل من
 كلمة العمل "La pratique" أو كلمة الإستعمال "l'usage"
 اللتان تفترضان العمل الإيجابي، في حين أن كلمة "مواقف"
 "comportement" تفيد العمل الإيجابي والموقف السلبي
 في آن واحد، وهذا ما يتفق مع عمل القضاء والفقهاء المرجح
 في إسناد مهمة الإنشاء إلى الموقفين معا.
- 3 - أن المرفق... أشخاص القانون الدولي.
 إن هذه العبارة أوسع من كلمة الدول، حيث تشمل الدول والمنظمات
 الدولية وحركات التحرير الوطنية، باعتبارها تتمتع بتلك
 الشخصية.
- 4 - أن المرفق... عنصر الإلزام.
 وهذا ما يميز المرفق عن العادة والسجاسة الدوليتين، ويميزه
 عن المعاهدات باعتبارها اتفاقاً يهدف إلى إنشاء آثار
 قانونية بين أطرافه.
- 5 - أن المرفق... المشروعة.
 وبذلك تكون الشرعية الدولية كبدل عن العمل الدولي، لدراسة
 المرفق، حيث تحدد من سادوة العمل، وتحقق مصالح كافة أشخاص
 القانون الدولي والشخصيات التي تمثلها هذه الأخيرة، عكس
 العمل الذي يقوم أساساً على الفعالية التي تخدم السطرف
 القوي في العلاقات الدولية.
 تحكم من الشرعية في القواعد الآمرة الدولية، والمعاهدات السامية.
 وتبما لذلك تصبح المساعدة الإرفقية متكونة من ثلاثئة
 أركان: الركن المادي، المعنوي، والركن الشرعي.
 ولما كان الركن الشرعي جديداً فإننا فضلنا دراسته في فصل
 مستقل بعد دراسة موضوع الإرفق من كافة الجوانب.

المسبحة الثنائي

أركان القاعدة المرفعية

يكاد يجمع الفقه على تأكيد الطرح الروماني الذي يقسم العرف إلى ركنين (1)، أحدهما مادي والأخر معنوي، وهو ما تميز إليه المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية، ومع ذلك فإن بعض الكتاب يجمعون للعرف ثلاثة أركان، وعلى كل فإننا نتمسك لهذين الركنين بالدراسة والتقييم.

الركن الأول: المادى

إن أول نقطة تستوقفنا هي اختلاف الكتاب حول وجود هذا العنصر، فهل يعتبر وجوده ضروري لقيام العرف، وإذا كان كذلك فما هي عناصره؟
الفرع الأول: مواطن السجود في الركن المادى.

لم يسلم هذا الركن من الجدل النقهي، فبينما نجد البعض يرتكزون عليه في تقرير وجود القاعدة العرفية (2)، نجد تفرقا آخر ينكرونه تماما، ويرتكزون على الركن المعنوي فقط، ويضرب الكتاب مثلا لهذا الرأي بحكم محكمة العدل الدولية في قضية «حق الملجأ» في 1950/11/20، حيث رفضت المحكمة إضافة صفة العرف على السلوك الذي تمكنت به كولومبيا، بحجة إنعدام الركن المعنوي (3). طبقا للرأي الراجح في الفقه والتضا، الدوايسين، يكون هذا الاتجاه موفقين جزئيا، لأن كل واحد منهما يتمسك لأحد الأركان ويستجاهل الركن الآخر، فبينما يخلط الاتجاه الأول بين العرف والعادة، يميز الثاني بين إلزامية القانون الاتفاقي السابقة لتفسيده، وبين إلزامية العرف اللاحقة لتكرار السلوك.

(1)

-- CARBONIER (J), la genèse de l'obligation dans l'apparition de la coutume, , BOUILLER, france, , MARC _texier(2)@diton, 1961, p:61.

- QUADER(R), cours général de droit international public, cit p:327- (2) et voir ? THIERRY (H), droit international, cit, P: 112 _ 115 ..

- THIERRY (H), ibid.p:115 .

(3)

وعلى حد تمبير الأستاذ " كادي رولاندو " فإن المنصر الممنوي ليس سببا . ولكن يعتبر نتيجة لوجود قاعدة ما (1) .

وتبعا لما سبق فإننا نميل إلى القول بأن للمرفركنين ، بشرط الاتفاق على حدودهما . أي إلى أي مدى يشكل الركنان قناة لقيام العرف . أو بمعنى آخر ، هل تعتبر جميع التصرفات التي تتم على وجه الإلزام قواعد عرفية ، ومن ثم مصفرا للقانون الدولي العام .
يضيف الأستاذ " لويس كافاري " ركنا آخر يتمثل في رضا المفكرين (2) . إذا كان الأمر كذلك ، فإن هناك أمس للاستمرار في هذا الخط . ولكن من هؤلاء المفكرون ، ماهي درجة علمهم ، وإلى أي نظام سياسي وقانوني ينتمون .

لا شك في أن إيجاد مثل هذه الطائفة أمر سهل نسبيا ، ولكن اتفاقهم على قبول سلوك معين أمر في غاية الصعوبة ، إذ أن كل كتلة سياسية لها علماء ، ولذلك نجد الاعتقاد في تكييف العديد من مبادئ القانون الدولي ، مكسوس بين هؤلاء المفكرين ، ومن الأمثلة على ذلك تكييف عدم التدخل ، المساعدة الدولية ، الأمن الجماعي . وفي ظل هذا الاختلاف ، بأي رأي نأخذ .

مما لا شك فيه ، أن إستان هذه المهمة إلى المفكرين ، يعتبر تسر تقلبلا من أهمية العرف ، وحاجزا لقيام القواعد الجديدة . ولذلك فإن القواعد الآمرة هي القادرة على القيام بهذه الدور لاستبصارها قائمة بذاتها ، مستقلة عن غيرها . وأن الأفراد لا يقرون سوى بتعريفها لأحداث آثارها .

هذا ، وقد ساد الخلاف حول صفة السابقة المساهمة في قيام العرف .

(1) - voir ^{Quadi (R)} ~~Quadi (R)~~ Op. cit. P: 327 ..

(2) - CAVARE (L) , Le droit international public positif , tome 1 , la notion de droit international , PARIS , pédone , 3^e édition , 1973 P:27.

فإذا كانت السوابق الإيجابية تساهم مادياً في تكوين الركن المادي، فهل يستطيع الامتناع أن يكون كذلك؟

لقد اختلفت الآراء حول هذا الموضوع. ففريه، يقول بأن الامتناع لا يستطيع المساهمة في بلورة العرف، وفريش، آخر يقول العكس،

وهو ما تؤيده محكمة العدل الدولية في قضية "لوتيس" سنة 1927. باعتبارها في الامتناع أن يكون مسيئاً بالشعور بواجب الامتناع (1).

وهو ما نراه مناسباً، إن لم يتم تحت إكراه، ولا يمس بحرمة القواعد الآمرة. ذلك لأن الإلتزام يمكن أن ينصب على القيام بعمل، كما يمكن أن ينصب على الإمتناع. ولعل القانون الدولي يتجه في هذا المنحى (الإلتزام بالامتناع) في الآونة الأخيرة. كعدم التدخل، عدم استعمال القوة، الخ.

الفرع الثاني: عناصر الركن المادي.

يمكن تعريف الركن المادي بأنه مجموع المواقف المتماثلة المنسوبة للدولة طبقاً للمفهوم التقليدي (2)، والمنسوبة إلى الأشخاص الدولية طبقاً للمفهوم المتقترح.

يشترط في الركن المادي توافر عدة عناصر:

- 1- أن ينسب السلوك إلى شخص دولي: وهذا يعني أن يكون صاحب السلوك جهازاً منفصلاً بالعلاقات الدولية (3)، بصورة مباشرة أو غير مباشرة. سواء كان المنسوب إليه التصرف دولة أو منظمة دولية أو حركة تحرير وطنية (4). طبقاً للمفهوم الحديث للمخية الدولية. وبذلك تخرج تصرفات الأفراد من هذا الحيز.

(1) - MAREK (K) , Les sources de droit international , cit , P: 8o7 .

(2) - حامد سلطان - أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية - القاهرة

دار النهضة العربية - 1974 ص 26. وانظر الفنيمي - المرجع السابق ص 368

(3) - محمد طلعت الفنيمي - الأحكام العامة - المشار إليه - ص 366 وانظر:

- THJERRY (H) , droit international , cit , P: 11o .

(4) - على النحو الذي سنوضحه في الصفحات 37 - 45 من البحث.

- 2 - أن تكون التصرفات ذات طبيعة دولية أو محدثة لأثار دولية :
- يقصد بهذا المنصر في شقه الأول، المعاهدات الدولية والتصرفات الحكومية . أما الشق الثاني فيقصد به تصرفات الأجهزة الداخلية التي تحدث آثارا دولية . أي التي تتجاوز آثارها الحدود الوطنية . ومن الأمثلة عليها تنظيم وضع الأجانب في دولة ما أو التأمين .
- 3 - أن يكون السلوك عاما : وهو أن لا يقتصر السلوك على فئة معينة . والملاحظ أن بعض الكتاب يذكرون هذا العنصر دون تمييز بين العرف العام والعرف غير العام (1) .
- يقول الفنيمي : " ونعني بالعمومية هنا شمولية النطاق الإقليمي الذي يطبق فيه ... بل يكفي تصرف معظم الدول وليس الإجماع . " (2) .
- معنى هذا أن العمومية هي استغراق الحدث الأشخاص الذين يطالبهم . وتبعا فإنها (العمومية) تستطيع أن تكون ضيقة جدا ، كما هو في الأعراف الإقليمية . وهذا ما قبلته محكمة العدل الدولية في عدة قضايا نذكر منها قضيتي " حن الملجأ " سنة 1950 و " حق المرور " سنة 1960 .
- 4 - الاستمرار - التكرار : يتنازع هذا الموضوع اتجاهان متطرفان . أولهما يشترط في السابقة أن تكون متكررة منذ زمن بعيد ، ويتوفر هو لاء على تدعيم القضاء الدولي لهم (3) .
- وثانيهما لا يشترط سوى تكرار الحادث عددا محدودا من المرات . بل يوجد منهم من يكفي بحصول التصرف مرة واحدة (4) .
- إن كلا الموقفين لا يناسب حقيقة العرف ، إذ أن سرعة العلاقات الدولية قضت على سطوة السلوك العريق ، وصول الحادثة مرات قليلة جدا ، لا يكفي حتى لإثباتها . ولذلك ظهر اتجاه يوفق بينهما . مقتضاه أن اتباع السلوك لمدة عشر سنوات أو خمسة عشرة سنة كفيلا .

(1) - منهم سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام - المرجع السابق الصفحة 275 .

(2) محمد طلعت الفنيمي - المرجع السابق - ص 367 .

(3) - ما عدا حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري سنة 1969 كما سيأتي في

(4) - منهم محمد طلعت الفنيمي - المرجع السابق - ص 374 .

بتكوين القاعدة • مرتكزين في ذلك على تبني لجنة القانون الدولي سنة 1958 لبعض المواقف التي اتبعتها الدول للمدة المذكورة ، في مادة الجرف الثاني . (1)

وفي الحقيقة ، فإن التكرار يرتبط بطبيعة المصلحة التي تثيرها القاعدة (2) من جهة • ويرتبط بالزمن أو المدة من جهة ثانية •

5 - السيدة : في المصلحة التي تتكرر يوميا ، ينبغي أن تتكرر المابقة (السلوك) بصورة أكثر من التصرفات التي لا تثار إلا نادرا (3) لكي نفهم ذلك نقول بأن العلاقات الدبلوماسية تكون عرضة للتكرار أكثر من قاعدة الإستشارة الدولية للمنظمات الدولية •

يبدو هذا الإتجاه سليما ، لأنه لا يمكن إقامة المساواة بين مختلف المواد ، التي لها علاقات مختلفة • فالقواعد التي حكمت محكمة نورنبورغ " لا يتطلب فيها نفس المدة مع قواعد الصناعات الدبلوماسية لأن الحرب العالمية الثانية ، دامت فترة من الوقت وأنتجت ما يسمى بمحكمة " نورنبورغ " • وفي هذا الصدد يقول الأستاذ " تيبيري " : (4)

" المدة لا تبدو ضرورية في ذاتها • ولكنها جديرة بما تسمح بها الظروف لإثبات الحقيقة وتكريسها • "

وبعبارة أخرى ، يتحكم في المدة وقع الحادث في المجتمع • فالوقت الذي يتطلبه ثبات واستقرار القاعدة ، باعتبارها معلومة ، هي المدة المطلوبة • وعليه فإن تقديرهما يختلف من مادة إلى أخرى • ويكون لاحقا للسلوك وليس سابقا له •

(1) - عبد الميزز سرحان - القانون الدولي العام - الطبعة الثانية - القاهرة

دار النهضة العربية - 1975 ص 132 • وهذا عكس الإتجاه الأنجلوسكسوني الذي عبر عنه " كوبيه " حيث شبه تكوين العرف بشق ممر في الحقل عن طريق تعدد المارة • ولأبعد يعرف متى أنجز الممر ، للتأكد من ذلك راجع رسالة " جاني قريقوار " المشار إليها - ص 123 •

(2) - وهو ما يؤيده القاضي محمد بجاري فيما يتعلق بالقانون الدولي للتنمية

أنظر مؤلفه ؛ من أجل نظام اقتصادي جديد - المشار إليه ص 181 •

(3) - عبد الميزز سرحان - المرجع السابق - ص 131 •

(4) - أنظر مؤلفه المشار إليه - ص 110 •

6 - التبادل : رغم أهمية هذا المنصر فإن بعض الكتاب يهملونه .
وفي الحقيقة فإن التبادل يقدر وجود أو انعدام القاعدة العرفية ؛
إذ أن موافقة الدولة الواحدة المتماثلة والمستمرة ، لا يمكنها
المساهمة في إرساء السوابق لبلورة قاعدة ما (1) . ما لم توفر
بالتبادل .

لقد حاول البعض استعمال التبادل كوسيلة للدفع من مدى سريان
العرف ، فقرر عدم تقييد الدول المتعدية بالأعراف إزاء الدول غير
المتعدية ، ما دامت تلك القواعد قد نشأت في نطاق الدول الأولى (2) .
إن الرد على هؤلاء يتمثل في التمييز بين التبادل في الأعراف
الإقليمية ، والتبادل في الأعراف العامة . أما بالنسبة للأولى
فإن التبادل محدود ، بأطرافها ، والاحتجاج بها يكون في مواجهة
الأعراف المعنية فقط . أما فيما يخص الثانية ، فمجيئها عامة ،
والتبادل الذي يساهم في بلورتها هو تبادل عام ، والعمومية كما
رأينا - لا تمنى الإجماع . وعليه فإن حجبة العرف العام تشمل جميع
أشخاص القانون الدولي . أي أن التبادل في العرف العام يساهم
في إقامة القاعدة العرفية ولا يحد من حجيتها . لأن هذا المنف
من القواعد يفترض مثل تلك الحجبة . وبعبارة أخرى ، فإن الحجبة
العامة هي خصيصة أساسية للقاعدة العرفية العامة .
أما التبادل فهو شرط لقيام القاعدة العرفية ، سواء كانت عامة
أو إقليمية من اختلاف بسيط في مقدار التبادل .
والتبادل في الحقيقة ، عبارة عن ردود الفعل للدول الأخرى ، التي
ينبغي أن تكون متماثلة أو مترابطة (3) .

(1) - SORENSEN (M) , Principes de droit international public , ROADI ,
1960 . III , tome 1o1 , Leyde , AW sijthoff , 1960 / P: 41 .

(2) - انظر محمد بجاوي - المرجع السابق - ص 64 . 68 . 87 . و محمد طلعت الفنيمي -
الأحكام العامة . المشار إليه - ص 370 .

(3) - L' huillier (j) , élément de droit international , PARIS ,
ROUSSEAU , 1960 , P: 22o .

يذكر بعض الكتاب التماثل في السوابق بدون الإشارة إلى التماثل في التبادل .

وفبني الحقيقة ، فإن " السابقة " يمكن أن تصدر من دولة واحدة ، بطريقة متماثلة . ومع ذلك فإنها لا تستطيع المساهمة في إقامة القاعدة العرفية لانعدام التبادل ، وعليه فإن التماثل مطلوب في الفعل وفي رد الفعل .

7 - التماثل في السوابق : من الأحداث الدولية ما يقتضي اتخاذ مواقف ، ومنها ما يتطلب إعطاء موافقة أو امتناع ، وهو ما يرتبط بالتبادل وعدم مضارضة السابقة .

التماثل في السوابق ، يعني اتخاذ أشخاص القانون الدولي المواقف الممنية ، بصورة متشاكلة ، عندما تأتي المناسبة . وبعبارة أخرى ، يعني التماثل في السوابق ، عدم التعارض في المواقف في مسألة معينة (1) . هذا ما ذهب إليه محكمة العدل الدولية في قضيتي " حق الملجأ " و " مواطني الولايات المتحدة الأمريكية في المغرب سنة 1952 " وهذا ما يرتبط مباشرة بموضوع المعارضة .

8 - عدم المعارضة : وتتمني قبول السابقة ، وهي الوسيلة الضرورية لتحقيق العمومية المطلوبة لتحويل السابقة إلى قاعدة عرفية . وذلك بأن لا تكون مواقف الدول متمارضة بشأن مادة معينة ، وهو كما عبر عنه السيد محمد بجاوي بمنصر التراضي الذي لايمني الإجماع (2) .

(1) QUADRI (R) , cours général de droit international, cit, P: 324 et ss

(2) - محمد بجاوي - المرجع السابق - ص 247 ، وبناءً على ذلك قالت المحكمة بأن عملاً كهذا ينبغي أن يتقدم على القواعد العامة المحتملة فقت بوجود قاعدة عرفية تقضي بعبء مرور البرتفال على الأراضي الهندية . راجع

في ذلك : - CIJ , recueil des arrêts , affaire " droit de passage " :
année 1960 , p/ 44

المطلب الثاني : الركن المعنوي .

يشير هذا الركن عدة تساؤلات نذكر منها : مكانته بالنسبة للركن المادي من حيث الوجود ، ومن حيث الأهمية ، ثم ما هو تعريفه ؟

الفرع الأول : أي الركنين أمي ؟

يقول الأستاذ " جاني " " ... إن المفيدة هي التي تعمل قبل الواقعة المادية . وهي التي تعطىها السبب والتوكيد " (1) .
مبنى هذا أن الركن المعنوي هو السبب . ثم يأتي الركن المادي . وذلك على النحو الآتي : يحدد الركن المعنوي السبب الذي يؤدي إلى إحداث العنصر الآخر . وعندما تتم ترجمة هذا السبب ، يعود الركن المعنوي لتوكيد هذا الركن . وكأنني بالأستاذ يعتمد فكرتي الضرورية والحاجة . فالضرورة سبب لوجود الشيء ، والحاجة توكيد لتلك الضرورية . غير أن الأستاذ الفني يوجه سؤالاً خبيراً إلى الأستاذ " جاني " حيث يقول : إذا كان الإحساس هو الأول ، فلماذا التكرار ؟ ثم إن الإحساس يقتضي أن يكون له أساس ، فما هو أساسه ؟

أمام عجز هذا الاتجاه عن الإجابة ، يقدم الأستاذ الفني البديل بقوله : " الركن المعنوي هو الركن الوحيد الذي يجب توافره في القواعد العرفية لكي تقوم ... أما الركن المادي فليس إلا وسيلة للإثبات فقط ... فالعادة قد تدلح الإرادة المشارعة إلى خلق قاعدة عرفية ، أو قد تثبتتها . ولكن التكرار ليس شرطاً لازماً لقيام العرف فقد تتوفر القاعدة من سابقة واحدة " (2) .

يعني قول الأستاذ نكران فكرة تكامل العنصرين . بل أنه يعلق على ذلك بقوله " كل ما يشترط لتوافر القاعدة العرفية يجب أن لا يزيد عما اشترطناه في القاعدة القانونية . ألا وهو التطبيق الفعلي بوصف الإلزام ، ولو كان ذلك للمرة الأولى " (3) .

(1) - GIANNI (G) , la coutume en droit international , cit , p : 133

(2) - محمد طلعت الفني بالأحكام العامة في قانون الأمم - المشار إليه ص 373 الصفحة

(3) - محمد طلعت الفني - المرجع السابق - ص 374

تدعمونا فكرة تكران الركن المادي والإقتصار على الركن المعنوي فقط ،
 وإلى البرج جملة من الأسئلة :

ما الفرق بين الإرادة السارية في كل من المرفع والمعاهدة ؟ ماهي
 الطريقة التي يتم بها التعبير عن هذه الإرادة على الصعيد الدولي ؟
 كيف يتم التوفيق بين المادة التي تمنح بها المادة الإرادة السارية
 وإلى خلق المرفع والمادة التي تثبت بها العادة المرفعة ؟
 إذا ظهر الأستاذ بأنه منهجي في جزء من قواه فهو ليس كذلك في
 الجزء الآخر . فبينما يذكر أي دور للتكرار ويقول بأن العنصر
 المعنوي هو الركن الوحيد المكون للقاعدة العرفية . فإننا نجد يستند
 في جزء من قواه على العادة بقوله " فالعادة قد تدفع الإرادة السارية
 وإلى تعلق القاعدة عرفية " "فماهي العادة في مفهوم الأستاذ ؟ وهل
 يمكن تصور عادة من غير تكرار ؟"

أما عن قوله بأن سابقة واحدة تكفي إذا توافر الركن المعنوي ،
 فإنه يرتبط بالناحية النظرية فقط . وهو لا يوافق النتائج المستخرجة
 من المحاكمات الدوائية ، وما استقر عليه الفقه الدولي .
 إن الإمتداد على التطبيق الفعلي الملزم كإجراء لقيام المرفع وينبغي
 للبيانات عن مصدر هذه الإلزامية . وما هي جوانبها ؟

يقول الأستاذ " دو فيشر " موقفاً مشابهاً (1) الم عين يميز بين
 الأسلوب التلقائي والأسلوب الموجه لتكوين المرفع .

ففي الأخير يبدو العنصر الإنساني سابقاً عن العنصر المادي ،
 لأنه يعتبر نتيجة حاصلة من الفعالية . ويضرب لذلك مثلاً بنسزو
 الكضا الذي أدى بمسهد القانون الدولي إلى إعطاء مجموعة من المبادئ
 سنة 1963 ، تمت الموافقة عليها بالإجماع من طرف الجمعية العامة
 في نفس السنة . ولا ينقصها سوى التطبيق العملي لتتحول إلى قواعد عرفية

(1) - DEVISSCHER (ch) , les effectivites du droit international , , cit. -

تبعا لرأي الأستاذ "دوفيضمير" (1).

أما فيما يخص نظرية العرف بصورة عامة، كما يقول عنها بلان المقيدة الإلزامية لا تأخذ صيغتها إلا عن طريق التطبيق للمستمع وهو ما نعتقده صوابا يوافق نظرية العرف.

وخلاصة القول أن المعاومات التي تهدف إلى نكران أو جعل الركن المعنوي أسبق من الثاني جاءت بالفشل، ويبقى الركن المادي كقناة رئيسية لقيام العرف، وهو المسمهد لظهورها وبلورتها. أما الركن المعنوي فليس إلا تنويجا له، ويأتي في مرحلة لاحقة.

الفرع الثاني: أي الركنتين أهم؟

يذهب البعض إلى اعتبار الركن المعنوي بمثابة اعتراف بقانون موجود، وهذا يصحني بأن القاعدة العرفية تنمأ بصورة مستقلة، وإنما يأتي الركن المصنوي ليصترف بها فقط، وإلا فبم يصترف، وحتى لا تكون مجحفين في حق هؤلاء، فإننا نختصص لنمونجين منهما؛ يقول الأستاذ "جاني" (2) "لقد قلنا بأن المنصر النفساني هو اعتراف بقانون موجود، القانون المكرس بالمشور القانوني المشترك، بالمشور بالإلزام، بالقانون التوضي" ويستخرج ذلك بقوله: "يقيننا لاعتزام قاعدة عرفية، هو اجترامنا فيها قانونا موجودا، هذه هي القوة المؤتممة للعرف، لقد قلت بأن هذا الإحترام ليس امتيازاً، وأضيف هنا بأنه ليس تصرفاً مجاملة أو تأديباً إطلاقاً" (3). يستوي بالنسبة لهذا الرأي، العرف والمعاهدة غير المعترف بهما، فالعرف، قانون سابق الوجود عن الإحتراف به، كما هو الشأن تماما للمعاهدة قبل بدء سريانها، حيث تكون بنودها متمتمة

-
- (1) - DEVISSCHER (CH) , Op - cit , P : 71 .
(2) - GIANNI (G) , Op _ cit . P : 157 - 158 .
(3) - GIANNI (G) , ibid , P : 158

بالإلزامية . ولكنها تكون غير نافذة حتى يتم التصديق عليها .
 لكن كيف يكون هذا القانون قبل تكريسه بالشعور القانوني المشترك .
 إذا كان ملزماً فما مصدر الإلزامية ؟ وإذا لم يكن ملزماً - وهو أمر يصعب
 تمرره - فمعنى ذلك أنه مجرد سابقة أو واقعة . وهو ما لا يتماشى
 مع مفروض التناول السابق ، ويؤكد تسمية الضمان بالإلزامية للركن
 الحادي .

أما النموذج الثاني فإنه الأستاذ " كافاليري " وكذا القاضي
 " ويلسون " اللذان يتكلمان عن الانضمام إلى المجموعة الدولية كمصدر
 للالتزام الدول بالمرّة . (1)
 وأما الأستاذ " حامد سلطان " فيصبر عن رأيه عن مثال الفقرة الآتية (2)
 " ... وهو يعني أن ممارسة هذا التصرف في الحالات المماثلة يفرضها
 الاعتقاد بضرورته من حيث القانون . وهذا هو الأساس في تكوين القاعدة
 العرفية . ولقد ورد ذلك في المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية
 حيث قررت بأن المحكمة تطبق العرف المتبول، بمثابة قانون كما دل عليه
 التواتر . "

هذا الاتجاه قريب من الحقيقة ، إلا في جزئه الأخير المتعلق
 بالمادة (38) من نظام المحكمة ، وذلك شيء آخر لا نثيره هنا .
 ذلك لأن التكرار هو الذي يجعل الإتيان بسلوك معين أمراً ضرورياً .
 ومعنى عليه يطالب الإلزامي ، ويصبح بذلك قاعدة عرفية . وليس
 كما يقول الأستاذ " حافظ غانم " بأن الركن المعنوي هو اعتقاد الدول
 بتسليط القاعدة العرفية على وجه الإلزام (3) .
 كان هذا فيما يخص الفقه فما هو موقف القضاء ؟

(1) - يعتقد القاضي " ويلسون " بأن إنضمام الولايات المتحدة الأمريكية إلى
 المجموعة الدولية رافقه وجوب الإنصاح للقانون الدولي في ذلك الوقت .
 ويؤيده " كافاليري " في ذلك مع اعتداله بسيطاً يتمثل في إمكانية التوقف
 على بعض القواعد عند الإنضمام - راجع ذلك في رسالة الأستاذ " جانبي "
 المشار إليها ص 159-160 .

(2) - حامد سلطان - أحكام القانون الدولي في التربية الإنسانية - ص 26 .

(3) - حافظ غانم مبدئي ، القانون الدولي العام - القاهرة دار النهضة

السربية - 1972 - ص 76 .

يمكن القول بأن أغلب القضايا التي استنتجت فيها المحكمة الدائمة
 أو الحالية، وجود قاعدة عرفية. كانت تنطلق من الركن المادي.
 ففي قضية "لوتس" استندت إلى العمل الدولي للقول بعدم وجود قاعدة
 عرفية تنفي بحق دولة الدائم في الإختصاص القضائي. واتبعت المحكمة نفس
 الطريقة في عدة قضايا منها قضية "Groeland oriental" حيث
 استندت على عمل الدانمارك لكي تحكم له في مواجهة القرويج (1).
 لقد سارت محكمة العدل الدولية على نفس النهج، حين قامت بدراسة
 العمل الدولي في أمريكا اللاتينية، للتحكم بعدم وجود القاعدة التي تفسكت
 بها "كولومبيا" في مواجهة "البيرو" في قضية "حق الملبأ" سنة 1950 (2).
 كما رجعت إلى السوابق التي أتت بها "بريطانيا" قبل مائة وسبعين سنة
 لتقرر وجود قاعدة تسمح للبرتناان بالمرور عبر الأراضي الهندية سنة
 1960 (3) في قضية "حق المرور".
 وفي قضية البرضا الثاني لبحر الشمال سنة 1969 قالت المحكمة (4):
 "العنصر الجوهري... هو أن تصرفاته... لتكفي في ذاتها لتكوين
 العنصر المعنوي... لأنه ينبغي أن تتوفر شرطان للوصول إلى ذلك:
 أولهما أن تمكن التصرفات عمداً عاماً وثانياً. وثانيهما أن تشهد بأبيعتها
 وبالطرق التي تمت بالقناعة، بأن العمل أصبح ملزماً بوجود قاعدة قانونية.
 ... لا التواتر ولا الأسلوب العتيادي لهذه التصرفات يكتفيان (4). وتبعا
 لذلك فإن قاعدة البعاد المتساوية ليست قاعدة عرفية. لأنما الركن
 المعنوي.
 هذا، ونعير إلى أن المحكمة لم تسير المقولة التقليدية بشأن الأمد حيث

(1) - CPJI , recueil des arrêts, 1933 ,serie A/B FASC n° 53 , P: 662

(2) - CIJ , Recueil des arrêts , 1950 , P: 286

(3) - CIJ , Recueil des arrêts , 1960 : P: 408 . 88

(4) - دلائل الشئان " تييرى " - المرجع السابق - ص 111 . وانظر كذلك

الشئان " حافظ غانم - المرجع السابق - ص 76 .

قالت بأن مرور مدة قصيرة من الزمن لا يشكل عائقاً في ذاتها (1) لقيام قاعدة عرفية . وهذا ما يشكل تطوراً هاماً في نظرية العرف ، حيث أرادت المحكمة تحرير العرف من قيود " السوابق العريقة " وجعله مرتبطاً بصفة الإلزام ، متى توفرت ، ظهرت على إثرها القاعدة العرفية .
 لكن كيف يتم إثبات هذا الركن المصنوي ؟

يمتدح الكثير من الكتاب بأن دور القاضي ورجل القانون كبير في هذا المجال . حيث يتم جمع السوابق ودراسة الإطباقات وتحديد النظام القيمي الذي ستنظم فيه الحوادث وإعادة تشكيلها ، ليتمكن إضفاء صفة السوابق عليها للمساهمة في تكوين العرف ، على أن يقع العبء الأكبر لإثبات الركن المصنوي على الركن المادي (2) . وإنما سنرى دور القاضي المر حينه (3) .

الفهرم الثالث : تعريف الركن المصنوي .

يمتدح الأستاذ " شارل سومون " بأن الركن المصنوي يتمثل في القيمة القانونية الدولية التي تضفيها الدولة على ضابط معين (4) .
 يعني هذا القول أن الإحساس بالإلزامية يرتبط بموقف الدولة ، وتبعاً لذلك ، إذا تعددت وتنوعت مواقف الدول بشأن ضابط معين فإنه يفقد الشرع الأساسي لقيام القاعدة العرفية . ألا وهي العمومية والتجريد (5) .
 إن العمومية والتجريد لا تتوقف على القيمة القانونية التي تضفيها دولة واحدة كما يمتدح الأستاذ " سومون " ، ولكن يتحقق ذلك إذا حاز ضابط معين هذه القيمة مع صدورها من مجموعة من الدول .
 أما الأستاذ " كادي رولاندو " فيقول عنه بأنه " إقتناع الشخص الذي يقبل أن يكون العمل العرفي ملزماً " (6) .

(1) - EISEMANN (PM) , Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ , 3^e edition ? PARIS , Pédone , 1980 , P: 139 .

(2) - DEVISSCHER (ch) , les effectivités du droit international , cit , page : 68-71 .
 (3) - راجع في ذلك الصفحة (84) من هذا البحث .

(4) - CHAUMONT (CH) , sens de droit impératif (cours de IEA, NANCY 1977/78 .

(5) - THIERRY (H) , droit international public , cit , P : 111 .

(6) - QUADRI (R) , cours général de droit international public , cit , page : 323 .

المعروف، أن العمل لا يسمى عرفاً إلا بتوافر ركنيه. وعليه فإن هذا التعريف يكون مقبولاً في ظل الاتجاه الذي يرى بأن العرف اعتراف بقانون موجود. والحقيقة ليست كذلك. كما رأينا.

أما الأستاذ "جون لويلي" فإنه يعتقد بأن الركن المعنوي هو "الاستعمال الذي تمتعده الدول قانوناً أو التزاماً" (1) ولقد رد البعض عليه بالقول بأن هذا التعريف لا يوافق حقيقة العرف، لأنه (2) يقيم العرف على الخطأ في الاعتقاد. لعدم توافر السلوك على صفة القاعدة القانونية قبل توافر الركن المعنوي.

وبعبارة أخرى، فإن هذا الاتجاه يقيم العرف على الاعتقاد في الخضوع لقاعدة غير موجودة.

الملاحظة التي تستخلص مما سبق، أن الموضوع لا زال بدون حل، ولذلك نجد الأستاذ "توسكوز" يحاول تعريفه بقوله:

"... العنصر النفسي الذي يتمثل في القناعة بأن التصرفات المنشئة للعمل العام تشابه تطبيق التزام قانوني" (3) ومع ذلك فإنه يهمل العلاقة بين هذا الركن وبين أشخاص القانون الدولي.

صحيح أن هذا الركن يعني في جزء منه هذا المفهوم، لكن في ظل التفسيرات الدولية القانونية والسياسية، النظرية والعملية، ألا يمكن إيراد فكره في الجزية والشرعية؟

إن الإقناع حالة شعورية قد تفرضها الحاجة أو الضرورة أو العوز والضعف، لا تخاف موقف، مما رضى. ولذلك ينبغي أن لا تهمل هذه الظروف عند صياغة تعريف هذا الركن. وتبعاً فإن الركن المعنوي هو إقتران الإنصاع لحكم القاعدة بالإقناع الحر والمشروع لأشخاص القانون الدولي، بأن القاعدة ملزمة، وأن ممارستها في الحالات المماثلة تملية الضرورة القانونية (4).

(1) L'huiet (J), Éléments de droit international, public, cit, P; 22d

(2) QUADRI (R), cours général de D.I.P, cit, P: 324.

(3) FOUSCOZ (J), Le principe d'effectivite dans l'ordre international, (3)

PARIS, Vonçon, 1964 ? P: 16.

(4) ... علماً بأن هذا التعريف مستوحى من تعريف الأستاذين سامي عبد

الحديد أصول القانون الدولي الماص ص 274. والأستاذ حامد سلطان -

أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية - ص 26.

المبحث الثالث

نمو القاعدة العرفية

يستبعد القيام المفاجيء للقاعدة العرفية، لسببين بسيطين؛ يتمثل الأول في مخالفة هذا الطرح للميرورة العرفية، التي تقتضي تراكم السوابق في الزمان والمكان، ويتمثل الثاني في أن الأشخاص الدولية هي المساهمة في إرساء السوابق لقيام العرف. وتبعا لذلك نقسم هذا البحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: الأطراف المساهمة في بلورة القاعدة العرفية

يختلف النظام القانوني الدولي عن النظام القانوني الداخلي، من حيث مساهمة الأشخاص الدولية في إنعاش قواعد القانون الدولي (1). ولما كان مفهوم الشخصية الدولية قد تغير، بعد الحرب العالمية الثانية، وأصبح يشمل المنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية (2)، فإننا نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: الدول وهيئاتها

ترتب على اعتبار (3) زيادة كميات الشخصية الدولية كظهور الدولة كشخص دولي وتعدد، بصفته مساهما في ميساغة قواعد القانون الدولي ومخاطبا بأحكامه. لكن ماهي الأجهزة التي تمارس بها الدولة هذه المهمة، أو بالأحرى، ماهي أجهزة الدولة المساهمة في بلورة الأحكام العرفية؟ يميز الكتاب بين نوعين من الأجهزة (4):

- 1 - الأجهزة المكلفة بتأمين العلاقات الدولية.
- 2 - الأجهزة الداخلية.

(1) - عبد العزيز عرحان - الأصول العامة للمنظمات الدولية - الطبعة الأولى

القاهرة - دار النهضة العربية - 1968: ص 179.

(2) - كما سيأتي في الصفحة (39) وما بسنحنا من البحث. وطالما أن العرف يتكون

في الوسط الدولي ويتأثر ببلوئك أشخاص كما يعتقد الأستاذ "سال" نقلا عن:

(3) - محمد المعتز الحنبي - الفهمي في التنظيم الدولي - الإسكندرية - منشأة

المعارف - 1974: ص 235. وانظر محمدا كامل يا قوت - الشخصية الدولية

في القانون الدولي والشريعة الإسلامية - الطبعة الأولى - القاهرة عالم الكتاب

سنة 1971: ص 681.

أما المصنف الأول فقد حددته المادتان (1/14) و (7) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية سنة 1961 وقانون المصالحات لعام 1969 على التوالي . حيث تنص الأولى (1/14) على أن رؤساء البعثات الدبلوماسية يتحددون بثلاث السبقات هي :

- 1 - السفراء ومندوبو الجايا من درجة قاصد رسولي .
- 2 - المبعوثون والوزراء ومندوبو الجايا من درجة نائب قاصد رسولي .
- 3 - القائمون بالأعمال (الذين يعتمدون لدى وزير الخارجية عكس المبعوثين الذين يعتمدون لدى رئيس الدولة) .

أما المادة (7) من اتفاقية فيينا لقانون المصالحات فقد نصت على تمتع الأشخاص التاليين بسلطة الزام دولهم :

- 1 - رؤساء الدوا، والحكومات ، ووزراء الخارجية فيما يتعلق بالتصرفات الخاصة بإبرام المعاهدات .
- 2 - رؤساء البعثات الدبلوماسية ، في التصرفات التي تتم مع الدولة الذين هم مستمدون أيديها .
- 3 - المندوبون المعتمدون لدى مؤتمر دولي أو منظمة دولية أو إحدى أجهزتها ، في حدود اختصاصاتهم .

ممنرى هذا أن كل هؤلاء يستطيعون إلزام دولهم بتصرفاتهم . ومن ثم فإنهم يساهمون في إبرام السوابق لبلورة الأحكام العرفية .

أما المصنف الثاني من هذه الأجهزة ، فيتمثل في الأجهزة التشريعية والقضائية والتنفيذية التي لا تساهم في إنشاء العرف، إلا في حالات استثنائية (1) . عين يمس تصرفها الميسنان الدولي أو تمتد آثاره إليه .

١٠٠ (4) - فرّاد شباط - العنونة الدولية العامة - الطبعة الخامسة

جامعة دمشق - 1965 . ص 502 . وأنظر محمد طلعت الخنيسي -

الخنيسي في قانون السلام - الإسكندرية - منشأة المعارف 1973

الصفحة 290 وما بعدها .

(1) - CAVARE (J) , Le droit international public positif , cit . P: 218

الفرع الثاني : المنظمات الدولية

أثير موضوع الشخصية الدولية للمنظمات الدولية سنة 1881 بصدده اللجنة الأوروبية لنهر الدانوب، حين نصت الوثيقة التأسيسية المعدلة على:

« تصطلح اللجنة بكل استقلالية بالنسبة لماحب السيادة الإقليمية »
غير أن تفسير أمالي هذه الإستقلالية كان يستند على فكرة السيادة⁽¹⁾.
ثم أثير الموضوع مرة أخرى في الربع الأول من القرن العشرين بصدده
قضية « بروفيلج » الذي كان موثفا بالمعهد الدولي للزراعة . ثم سرح
لمرضه ، فرفض الدعوى أمام المحاكم الإيطالية . ولكن ممثل المعهد
ادعى بالحضانة القضائية للمعهد . الإنعاء الذي رفنته المحاكم المعنية
بحجة إنعدام السيادة لدى هذا الكيان . وانتهت القضية بإصدار
قانون إيطالي يعترف للمعهد بالحضانة .⁽²⁾ والفرع الموضوع بشكله جدي
سنة 1949 بصدده قضية « الكونت بيرنادوط » حيث أصدرت محكمة العدل
الدولية بتاريخ 11/04/1949 رأيا استشاريا فصلت فيه في الشخصية
القانونية لمنظمة الأمم المتحدة⁽³⁾ . وهذا ملخص للرأي :
لقد انطلقت المحكمة من أن المساهدة التأسيسية للمنظمة أنشأت
كيانا حيا مستقلا عن الدول الأعضاء . حيث قالت :

« إن الميثاق لم يقتصر على أن يجمعا من المنظمة مجرد مركز
تنسجم فيه جهود الأمم ، فهو غايات مشتركة متعددة . إن الميثاق
أعطاهما أجهزة ووضع أمامها رسالة خاصة ومنسها صلاحيات معينة . . .
إن الوحدة التي تتمتع بصيغيات وامتيازات معينة ، ولها حق
الدخول في معاهدات مع الدول الأعضاء على قدم المساواة . هي وحدة
يجب الإعتراذ لها بالشخصية القانونية » . لكن هل، يضمني ذلك

(1) - فائز أنبالج - الشخصية القانونية للمنظمات الدولية - دروس

الماجستير - الجزائر - كلية الحقوق، سنة 80 - 1981 .

(2) - فائز أنبالج - المرجع السابق - (غير مطبوع)

(3) - أنظر في ذلك الرأي الإستشاري المشار إليه في المتن وراجع تعاليفه، كل

من محمد كامل ياقوت - الشخصية الدولية . . . المشار إليه ص 581 .

وكذا محمد طاعت الغنيمي - الغنيمي في التنظيم الدولي ص 238-251 ودروس

الستاذ أنبالج المشار إليها أعلاه .

تمتع المنظمة بالخصية الدولية بنفس الدرجة التي تتمتع بها الدول.

تبعا لتحليل المحكمة فإن مخصية المنظمة تختلف عن مخصية الدولة . حيث نلاحظ بأن المحكمة لم تصرح بتمتع المنظمة بتلك الصفة إلا بعد ذكر بعض الصلاحيات التي تتمتع بها هذه الأخيرة . حيث أكدت ذلك في فقرة خاصة تفضي :

" وفقا لرأي المحكمة فإن أهلية المنظمة لممارسة الوظائف، والتمتع

بالحقوق . لا يمكن تفسيره إلا إذا كانت تلك قسما كبيرا من المخصية

الدولية . والأهلية اللازمة للتصرف على المستوى الدولي " ¹⁴¹

وحتى لا يحدث التداخل بين مفهوم الشخصيتين قالت المحكمة :
" في الوقت الذي تتمتع فيه الدولة بكافة الحقوق والواجبات الدولية . . . فإن واجبات وعزوف كميان كالمنظمة يجب أن يترقده على أهدانها ومهامها الواردة في وثيقتها التأسيسية أو التي يمكن استنتاجها منها " أو التي يمكن للتعامل الدولي أن يطورها " ⁽²⁾

مفهوم هذا أن المنظمة تتمتع بالمخصية الدولية طبعاً

للسويقية التأسيسية . سواء كان ذلك بفصل النص الصريح أو الضمني . حيث قالت المحكمة بأن مسمي دولة كائنة لإنشاء كميان موضوعي يتمتع بالعبية العامة . لكن ما هي الأجهزة التي يمكن أن تساهم تصرفاتها في إرساء القواعد العرفية .

وإن الجهاز الذي يمثل حق الحديث باسم المنظمة هو الذي يستطيع القيام بهذه المهمة . وتبعا ، فإن الوثيقة التأسيسية هي التي تحدد مثل هذه الأجهزة . وهكذا تعدد المادة السابقة من ميثاق الأمم المتحدة أجهزة هذه الأخيرة في :

141 - أنظر الرأي الاستشاري السابق، المذكور - ترجمة الأستاذ أنجاء فائز

الجزائر كلية الحقوق - 80 - 1981 .

(2) - فائز أنجاء - المرجع السابق - (غير مطبوع)

الجمعية العامة، مجلس الأمن، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، مجلس الرضاية، الأمانة الدائمة، معاهدة العدل الدولية .
 علما بأن المواد (22 ، 29 ، 17 ، 86) من الميثاق، تمنح الأجهزة السالفة الذكر حق إنشاء أجهزة فرعية (1) .
 إذ أن كل هذه الأجهزة، سواء كانت دائمة أو مؤقتة، تؤخذ تصرفاتها باعتبارها سوابق تساهم في بلورة الأحكام المصرفية (2) .

الفصل الثالث : حركات التحرير الوطنية .

لم تستطع حركات التحرير باهتمام الكتاب، ولذلك فإننا ندأول التركيز في دراستها على شخصيتها الدولية .
 إن أول شيء نلاحظه بهذا الصدد، هو تفير مفهوم القانون الدولي (3) .
 فبمدا كان يتمثل في " مجموعة من القواعد التي تحدد الحقوق والالتزامات المتبادلة للدول " .
 أمبير يتمثل في " مجموعة من القواعد التي تنكم العلاقات الدولية " (4) .
 من المعلوم أن الصيغة الجديدة قابلة للتطبيق كإيانات أخرى غير الدول، وبعبارة أخرى، فإن المناهدين بأحكام القانون الدولي هم الأشخاص الدوليون .
 لها هي الشخصية الدولية . وما هي البيانات التي تتمتع بها .
 يصرنا الأستاذ " حامد سلطان " الشخصية الدولية بقوله : (5)
 " فالشخصية القانونية هي التعبير عن القسالة التي تنزم بين وحدة معينة ونظام قانوني منحد . . .
 للتوحيد شخصية بطبيعتها، وإنما بالقدر وفي الحدود التي يتررها كل نظام . . .
 عن طريق تعيين من له الإستمتاع بالحقوق ومن عليه أداء الإلتزامات في نطاقه .
 أو بعبارة أخرى، عن طريق تعيين من له الأهلية القانونية . "

(1) - محمد طالع، النجسي - النجيمي في التنظيم الدولي - ص 593 ، 675 ، 676 .

(2) - SORENSEN (M) , Principes de droit international , cit , P: 37 .

(3) - عبد العزيز سران - الأصول العامة للمنظمات الدولية - ص 187 .

(4) - كما يرى " شوجنهايم " نقلاً عن عبد العزيز سران - المرجع السابق -

الصفحة 185 .

(5) - حامد سلطان - القانون الدولي في وقت السلم - ص 65 .

يفترض هذا الرأي وجود نظام قانوني سابق على أشخاصه • وهو ما لا يوافق حقيقة النظام القانوني الدولي الذي يلعب أشخاصه دوراً أساسياً في تحديده •

أما الأستاذ "محمد كامل ياقوت" فيمتدح بأن "الشخصية الدولية وحدة إنسانية تشغل مركزاً في بناء المجتمع الدولي • وتبشر اختصاصاً دولياً • إقليمياً أو نوعياً • تتولى تنظيمه القواعد القانونية الدولية • كما تتولى تحديدها لهذه الوحدة من حقوق والتزامات ومسؤولية تجاه الوحدات الدولية الأخرى وتجاه المجتمع الدولي ككل •" (1) •

وعندما يشرح دعائم تعريفه • يذكر بأنه يقصد بالوحدة الإنسانية تقوافر نوع من التنظيم • كما أن ذاتية الوحدة تتحقق عن طريق ثقافتها • وأنه يتم الكشف عن شخصيتها عن طريق النزاعات

المستمرة المسلحة وغير المسلحة • التي تظهر على المسرح الدولي بما تثيره من مشاكل دولية تهدد الأمن والسلام الدوليين • على أن تكون تلك النزاعات هادفة إلى تحقيق الاستقلال •

إنها محاولة جريئة لبسط مفهوم الشخصية الدولية على كيانات أخرى من غير الدول • ولكن الاعتماد على الوحدة الثقافية سلاح ذو حدين فهو إذ يقرر الشخصية للشعوب المستعمرة • فإنه يهدد الدول المستقلة ذات الثقافات المتنوعة • ولو استعمل الأستاذ "وحدة الهدف المشروع" كان أفضل • لكن - ومع ذلك - فقد أصاب في اعتبار النزاع وسيلة للكشف عن الشخصية الدولية للوحدات البشرية • لكن ماهي مقومات هذه الأخيرة ؟

يرى البعض (2) بأن هذه الدعائم تتمثل في القدرة على التحمل بالإلتزام واكتساب الحقوق • مع القدرة على حمايتها • غير أن القدرة على

(1) - محمد كامل ياقوت - المرجع السابق - ص 740 •

(2) - منهم الأستاذ حامد سلطان - القانون الدولي العام في وقت السلم - ص 735

وما بعدها •

ص 7 - القاهرة - العربية - 1976

التعامل بالإلتزام نتيجة للتمتع بالعضوية وليس سبباً لوجودها . كما أن القدرة على حماية هذه الحقوق ، تنوفاً على قوة الطرف الممتدني ، مقارنة بقدرة الوحدة المصنفة .

أما البعض الآخر ، فيسدد جملة من العناصر كلما توفرت كفاً أمام شخصية دولية . نختار منهم محاولة الأستاذ عبد العزيز سرعان التي تتمثل فيما يلي :⁽¹⁾

1 - وجود النية التي أنشئ * الشخص المعنوي من أجلها . وهي التي تحدد نطاق أهلية اختصاصه . وهو ما وجدناه في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية المتعلق بقضية " الكونت بيرنادوط " تحت اسم الشخصية الوظيفية .

2 - وجود الإرادة باعتبارها وسيلة لتحقيق تلك الغاية (المشروع) ، ويشترط فيها أن تكون ذاتية ، مما يستدعي مسؤولية الوحدة عن التصرفات المخالفة للقانون الدولي .

3 - وجود سلطات يمارسها الكيان على من هو تحت سلطته ، في الداخل . كما يمارسها على الصعيد الدولي .

4 - وجود التنظيم ، وهو شرط أساسي لتحقيق الهدف . باعتباره يحدد الأجهزة التي تعبر عن إرادة الوحدة .

5 - الاشتراك في إنشا * أحكام القانون الدولي . باعتبار أن الأشخاص الدولية هي التي تنشي * أحكام القانون الدولي⁽²⁾ .

فهذا تتوفر هذه المقومات في حركات التحرير الوطنية . لأنه لمن التطرف الحكم بصدده وجودها لدى جويج حركات التحرير ، كما هو تماماً بالنسبة للحكم بوجودها لدى جميعها . لأن الحقيقة تتمثل في اتخاذ موقف حذر . ولكن الشيء المشم هو أن توفرها يفضي

(1) - عبد العزيز سرعان - المرجع السابق - ص 179/175 .

(2) - إن دراسة الأستاذ عبد العزيز سرعان لم تختص بدراسة حركات التحرير ، ولكنها عابرة تتكلم عن مقومات الشخصية الدولية للمنظمات الدولية . ولذلك اقتبسنا الظاهرية العامة فقط .

صفة الشخصية على الحركة • علقاً بأن الغاية متوفرة لدى حركات التحرير، ويتم الإعلان عنها في أول بيان تصدره • ألا وهو التحرير • وهي غاية مشروعة بفصل مبدأ حق الشعوب في تقرير المصير • أما الإرادة فإنها تتمثل في رفع السلاح ضد المعتقل كطلبية لدعوة الحركة وولائها • وبذلك تحقق الحركة السلطة الداخلية • ثم تأتي مواقفة الدول وأجهزة المنظمات الدولية فتتعلق السلطة الخارجية • ولكي يتحقق ذلك، لابد من تقسيم وتنظيم المهام، لفرض تسهيل وتخفيف الأعباء •

أما الشرط الخامس فإنه نتيجة لتمتع الوحدة بالمشخصية • وليس منوما للكشف عنها • إلا في حالة النظر إلى المواقف التي تثيرها الحركة على الصعيد الدولي • مما قد يولد منها قواعد عرفية معينة • وحينها تكون الحركة قد ساهمت بطريقة غير مباشرة في تكوين تلك الشكائم • هذا من الناحية النظرية • أما من الناحية العملية • فإننا نلاحظ اعتراف القانون الدولي بأهلية حركات التحرير الوائنية لإبرام المعاهدات الدولية • خاصة المتعلقة منها بنقل الحركة إلى عهد الاستقلال، ومن الأمثلة على ذلك اتفاقيات إيفيان بين جبهة التحرير الوائنية وفرنسا • كما أن العديد من الدول تقيم العلاقات الدبلوماسية مع بعض الحركات • بل أن منظمة الأمم المتحدة وجهت الدعوة إلى كافة الدول من أجل مساعدة الشعوب المستعمرة للحصول على استقلالها الوائني (1) وقد تجلّى ذلك في القرار (1514) • كما اعترفت المنظمة لبعض الحركات بمففة المراقب الدائم على صعيد المنتظم الأممي (2) • ورغم ذلك فإن المنظمة

(1) - GIRAUD (E), Le droit international public et politique, R.C.A.D.I. (1) 1963, p. 110. ¹⁰ 110

(2) - استندت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1974 منظمة التحرير الفلسطينية للمشاركة في مداولاتها • وسمحت لها بالمشاركة في المؤتمرات التي تعقد تحت إشرافها • كما استنحى مجلس الأمن ممثلة الشعب الفلسطيني، لعناقة الاعتداءات الإسرائيلية على شخصيات الفلسطينيين سنة 1975 طبقاً للمادة (32) من الميثاق التي تتكلم عن الدولة العضوة أو غير العضوة في المنظمة والتي تكون طرفاً في النزاع • للمزيد من التفاصيل راجع رسالة صلاح الدين عامر المقاومة الشعبية المسلسلة في القانون الدولي العام - القاهرة - دار الفكر العربي

ومحكمة العدل الدولية لم تصدر أي تصرف رسمي يقضي بتمتع حركات التحرير الوطنية بالعضوية الدولية . فما السبب في ذلك ؟

لوحنا وانما إيمان النظر في النماذج التي أضفت عليها منظمة الأمم المتحدة صفة المراقب الدائم . لوجدناها تتمتع بصاندة دولية واسمة ، تسمح لها بالتمتع بالفعالية على الصعيد الدولي . الأمر الذي يؤهلها للتمتع بتلك الصفة . وبتمبير آخر فإن المنظمة لم تتم بالدور الريادي المبادر لإعلان العضوية الدولية لحركات التحرير . بل تركت ذلك لتطور القانون الدولي خارج أجهزتها . على غرار ما فعلته بعدد من الشعوب في تقرير المصير .

غير أن موقفها السابق ، وموقف القانون الدولي عموماً من حركات التحرير الوطنية وبعض تصرفاتها ، يدعم الزعم بتمتع هذه الكيانات بنوع من العضوية الدولية . إذا كانت تتمتع بنوع من الفعالية في مطالباتها بحقها في الاستقلال الوطني .

وبذلك تكون حركات التحرير الوطنية شغراً دولياً يساهم في إرساء القواعد العرفية على النحو الذي ستراد فيما بعد (1) .

(1) - راجع في ذلك العنصر (57) وما بعدها من البحث .

المطلب الثاني : التصرفات المساهمة في النمو .

يمكن تقسيم التصرفات المساهمة في إرساء القواعد العرفية إلى ثلاثة أنواع . حسب الفروع الآتية .

الفروع الأول : التصرفات الدولية .

- 1 - تتميز هذه التصرفات بأنها نتاج الأجهزة المكلفة بالملاقات الدولية⁽¹⁾، وهي محل الدراسة التقليدية للعرف . ولذلك فإننا نعتبر اليها فقط . يذكر الكتاب عدة عناصر نذكر منها ما يلي :⁽²⁾
 - 1 - الاستعمال " les usages " وهو السلوك الأكثر تكرارا ، مما حدا بالبعض إلى تسميتها بالأعراف غير الكاملة . وهكذا يعتبر القاضي " نيهولم " الاستعمالات المقبولة عامة كمكرسة لمبادئ القانون .
 - 2 - المراسلات الدبلوماسية سواء كانت في شكل تبادل المذكرات أو إصدار تصريحات أو نشر الوثائق الدبلوماسية وما يسمى بالكتيبات الصغرى أو العمراء أو الزرقاء أو البيضاء . حيث تنشرها الدول لتوضيح سياستها . وتصلح لاستنتاج العرف .
 - 3 - المعاهدات ومشروعاتها والمعاهدات غير النافذة . فإذا كانت الأولى تحدث قواعد عرفية عن طريق تكرار إدراج أحكامها في المعاهدات ، فإن مشروعات المعاهدات والمعاهدات غير النافذة تعتبر بمثابة رجاء الدول لا يستبعد تأثيرها على سلوك الدول والمحاكم الدولية⁽³⁾ .
 - 4 - أحكام التعكيم وقرارات المحاكم الدولية . حيث يتم تجاوز مبدأ نسبية الأحكام القضائية عن طريق تكرار الحكم . مما يجعله يسري على غير أطراف النزاع ، بفعل الصيرورة العرفية .

(1) - GIANNI (G) , la coutume en droit international , cit , P: 121 .

(2) - للمزيد من التفاصيل راجع رسالة " ماتيسكو نيقولا " بعنوان :

- La coutume source de droit international , PARIS , Cujas 1947 , p:276 .

(3) ... حيث قالت المحكمة في قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1969 بأن

مجرد التوقيع على الاتفاقية يمكن أن يجعل في تكوين قاعدة عرفية - نقلا

عن رأيها الاستثنائي حول الوجود المستمر لندام جنوب إفريقيا على إقليم

ناميبيا لسنة 1971 - ص 56 .

- 5 - المؤتمرات الدولية ، وتجدر الإشارة بمأنها إلى منفيين من المؤتمرات ؛ المنعقدة لسوة معينة ثم تنفض أو المنعقدة دورياً أو باستمرار، وهو ما يسمى بمؤتمرات المنظمات الدولية ، حيث تساهم كلها في بلورة الأحكام العرفية عن طريق تصريحاتها .
- 6 - المجاملة الدوائية ، التي يعنفد الكتاب بأنها تدعم الصيرورة العرفية ؛ بتوفير المادة الأولية . ويضربون لذلك مثالا بتواعد الصناعات الدبلوماسية التي كانت عبارة عن مجرد مجاملات وأصبحت قواعد عرفية .

الفصل الثاني : التصرفات الداخلية

يذكر عدد من الكتاب، بإمكانية مساهمة التصرفات الداخلية في تكوين العرف⁽¹⁾ . غير أن العمل القضائي يكذب ذلك ؛ حيث نجد المحكمة الجدايمة رجعت إلى التشريعات الداخلية لتحديد الالتزام القضائي في قضية " لوتس" بل أن القاضي " آلميرا " يقول⁽²⁾ :

" إذا كانت تشريعات عدة دول، تتبل نفس المبدأ من قانون الشعوب ، فإنه يتكون العرف ، في هذا المعنى . "

ليس في هذا انقوله أية غرابة . إنما الغرابة في تعواء تشريع دولة معينة إلى قواعد قانونية دولية ، كما حدث لأوامر " لويسر 14 " فما هو السر في ذلك ؟

يجيب الأستاذ " سرينسون " بما مفاده أن التصرفات بالمواد التشريعية ، وبعبارة أخرى فإن الأستاذ جعل مساهمة التصرفات في بلورة العرف ممكنة في حالتين⁽³⁾ :

- 1 - حالة كونها ماسة بالمصالح الأجنبية الموجودة ضمن إقليم الدولة .
- 2 - تمثالة في الأشخاص أو الممتلكات .

(1) -- SORENSEN (M) , Les sources de droit international , Copenhague , -- (1) EINARMUNKSGAAR , 1946 , p.91-92 .

(2) -- نقلاً عن ؛ GIANNI (G) , op -cit , P: 129 .

(3) -- SORENSEN (M) , ibid , P: 91 .

2 - حالة كونها منسوبة على تعدد اختصاص الدولة إزاء أعضاء المجتمع الدولي كتعدد المياه الإقليمية أو الجرد الثاني مثلا .
معنى هذا أنه يؤخذ بالتصرف الداخلي في حالة كونه ينصب على تنظيم مادة دولية أو تمتد آثاره إلى خارج إقليم الدولة .

الفرع الثالث : التصرفات المستقلة

يقصد بهذا العنوان مساهمة المؤسسات العلمية والرأي العام في إرساء السوابق المساهمة في بلورة العرف . وبمفهوم المخالفة فإن مصدر هذه التصرفات هي الأجهزة غير الحكومية . وبما تقسم هذا الفرع إلى الفقرتين الآتيتين .

الفقرة الأولى : تصرفات المؤسسات العلمية

يذهب نفر من الكتاب إلى نكران (1) دور هذه الفئة في قيام العرف . في حين يؤكد فريق آخر قدرتها على ذلك . وهكذا اعتقد " غروسبيوس " بأن الفقه المنسجم مصدر ممكن للعرف . ويؤيده في ذلك عدد من الكتاب نذكر منهم " ويتون " و " فيليمور " و " كالفر " و " بلانتشيلي " .
نفس الاختلاف نجده في موقف القضاة (2) . فبينما اعتبرت المحكمة العليا البريطانية آراء الكتاب ليست إلا تعبيراً عن آرائهم الشخصية في قضية " West Rand central Gold Mining " ضد " THE KING " سنة 1905 .
اعتبرته لجنة القضاة للمجلس البريطاني مصدراً للقانون الدولي سنة 1934 في قضية اعتداء " صينيين على آليات " HANG SANG of " SHIN CHOW " فما هو السوابق في ظل هذا الاختلاف ؟
بإحدى ذي بند " ينبغي تحديد المقصود بالمؤسسة العلمية "

(1) - منهم " سواريز " و " هوبز " راجع في ذلك رسالة " ماتيسكو

نيقولا " المشار إليها ص 267 .

(2) - ماتيسكو نيقولا - المرجع السابق - ص 271/269 .

تعني المؤسسة العلمية ، وجود أجهزة مستقلة تعبر عن رأيها وليس عن آراء الدول ومواقفها .
تتكون هذه الكيانات من هيئات وأشخاص لا يتمتعون بالعضوية الدولية ، ولا بالاختصاص الدولي جملة وتفصيلا . وإنما تمارس مهمة علمية بحثية .
ومن الأمثلة عليها معهد القانون الدولي ، الجمعية المصرية للقانون الدولي ، جامعة مارفارد ، أكاديمية القانون الدولي بالهاي ١٠٠٠ الخ .
تصدر هذه الأجهزة أعمالا غير ملزمة (1) وتبعاً لذلك فإننا نميل إلى مدلول المادة (138 د) من نظام محكمة العدل الدولية ، المتمثل في اعتبار آراء الفقهاء - وهي الأداة المؤسسات العلمية - كوسائل مساعدة لتحديد القانون لا غير .

الفقرة الثانية : الرأي العام العالمي .

إنه الرأي الصادر من الأجهزة غير الحكومية . أو بتعبير آخر إنه الرأي العام العالمي . وجدير بالملاحظة أنه يساهم في التأثير على المواقف الحكومية مما يؤدي إلى تدخل الأجهزة المختصة باتخاذ الموقف المناسب . فتتكون من تلك التدخلات سوابق قد تؤدي إلى قيام العرة (2) .
وقد يحدث أن يتحول الرأي العام العالمي إلى رأي عام دولي بفضل تدخلات الأجهزة الرسمية بإصدار التصريحات والإعلانات والبيانات في الاتجاه المنسني . مما يساهم في بلورة قاعدة عرفية في هذا الشأن .

(١) - فائز أنجانك - القانون الدولي العام - دروس الليمانس - الجزائر -

كلية الحقوق - 81 - 1982 .

(2) - MERLE (M) , L'opinion publique , RCADI , 1973 , I . tome:138

AW - Sijthoff , 1973 p:389.

المطالب الثالث : شروط المنحى

تفيد الدراسة المتأنية لموضوع العرف : من زاوية الشرعية الدولية ، أن هناك جملة من الشروط ، يجب أن تتوفر في السلوك ليستطيع المساهمة في بلورة الأحكام العرفية . وهي : الإختصاص ، الألفية ، المناسبة ، العرفية .

الفترة الأولى : الإختصاص

الإختصاص زاويتان : الأولى تتعلق بالخص وال ثانية تتعلق بالموضوع .
الفترة الأولى : الإختصاص الشخصي

يعني الإختصاص الشخصي صدور السلوك من جهاز أو ممثل له الصلاحية لإتيان سلوك أو اتخاذ موقف على الصعيد الدولي⁽¹⁾ . وذلك طبقاً للمادتين (2/14) و (07) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية سنة 1961 ، والمتعلقة بقانون المعاهدات لسنة 1969 ، على التوالي .

وبعبارة أخرى فإن كل شخص يملك سلطة الزام الدولة بساوكه ، يكون مختصاً شخصياً بالقدرة على المساهمة في بلورة الأحكام العرفية ، في تلك الفترة . ولذلك لا يستطيع الوزير أو السفير المعزولين ، كما لا يستطيع تماماً ، أمين عام منظمة الأمم المتحدة المعزول ، المساهمة في القيام بهذه المهمة بعد انتهاء فترة نيابته . ومنه يتضح ما به الإسهام في تكوين العرف من هذه الزاوية . لسبب سيده هو انتقال الإختصاص الشخصي لديهم . لكن هل تهترط العرفية في العلاقة التي تربط الشخص المختص بالخص الدولي الذي منح هذه الصلاحية ؟

يتعلق هذا السؤال باغتصاب السلطة ، التي هي مستبعدة على صعيد العلاقات الدولية ونظراً للسلطة التقديرية الواسعة التي تتمتع بها الدولة في إسناد المهمة لمن تشاء ، ورفعها عن تشاء⁽²⁾ .

(1) - معهد طانت القنيمي - القنيمي في قانون السلام - الإسكندرية - منشأة المعارف - 1973 ، ص 292 . وانظر رسالة " سورينسون " تحت عنوان :
 - Les Sources de droit international , cit , P: 94 .

(2) - إذن العلاقة بين المختص والمختص الدولي هي علاقة مبروعة افتراضاً ولكن ينبغي التمييز بين الأشخاص الذين يملكون إختصاصاً عاماً والذين يملكون إختصاصاً ضيقاً ، حيث ينبغي التأكد من إختصاصهم إما بغير ورقة التفويض أو أية وثيقة تفيد ذلك .

الفترة الثانية : الاختصاص المادي :

الاختصاص المادي هو حدود الصلاحيات الموكلة للممثل . وقد تكون خاصة كأن تسند مهمة إبرام معاهدة تجارية للممثل . كما قد تكون عامة تشمل جميع التصرفات الدولية كما هو بالنسبة لرئيس الدولة مثلاً .

المقصود، أن صاحب التمثيل الخاص أو المقيد ، يجب أن يلتزم حدود نيابته المبينة عادة في ورقة الجفويض ، وأن أي سلوك يقع خارج الاختصاص المادي يكون أمام أحد الأمرين :

- إما أن تتبناه الدولة بصد إصداره ، ويصبح بالتالي مساهماً في تكوين العرف .

- وإما أن نكتفينا به بصور خروج الممثل عن حدود نيابته ، وحينها يصبح

السلوك مجرد واقعة مادية لا أثر لها في تكوين العرف ضمن زاوية السوابق .

ترتبط نظريته السابقة بطبيعة الاختصاص المادي . فإذا كان

الإختصاص داخلياً فإن السلوك يكون داخلياً ، ويتميز بما يسه بالتالي المساهمة

في بلورة الأحكام العرفية ، أما إذا كان يتعلق بمادة دولية ، أو أنه

يمسها ، فإن التصرفات الناجمة عنه تساهم في إثراء الصيرورة العرفية .

هذا ونشير في مقام هذه الملاحظة^{١٤٦} أنه يالغ على الإختصاص المادي اسم

" المدة الدولية للسابقة " في الفقه التقليدي ، فهناك يكفي تمتع

الشخص بالاختصاص للمساهمة في إقامة قاعدة عرفية تسري على الغير .

في الحقيقة ، لا يمكن تبيل هذا الإختصاص ، مع أن محكمة العدل الدولية

قبلته في قضية " بحث المرور " بين الهند والبرتغال سنة 1960 ، حيث

أستندت إلى السوابق التي وقعت وقت الاحتلال الإنجليزي للهند للقول

بوجود قاعدة انمرور المدني . وعدم وجود قاعدة عرفية تقضي ببحث المرور

العسكري .^{١٤٧}

لماذا اتخذت المحكمة هذا الموقف؟ من البيند هي خليفة بريطانيا على الإقليم الهندي^{٩٣} إن الإستقلال لا يمكن أن يكون أبداً خليفة للاستعمار؛ لا من حيث الغلبة؛ ولا من حيث الشدة؛ ولا من حيث الوسيلة المستعملة.

الفرع الثاني: الأهلية.

عندما كان الاعتقاد سائداً بأن الدولة هي الشخص الدولي الوحيد^{٩٤} المتطلب بأحكام القانون الدولي. كانت هذه الأخيرة تشكل الكيان الوحيد المتمتع بالقدرة على المساهمة في إنشاء العرف. ولكن مفهوم الشخصية الدولية تطور عندما بدأ الكلام عن شخصية الكنيسة الكاثوليكية^{٩٥} والاتحادات الدولية. فما السبب في ذلك؟

يرى البعض^(١) أن معيار السيادة لم يعد كافياً. ولذا وجدت معايير أخرى للشخصية الدولية. ومن بينها معيار الأهلية؛ حيث تقضي بتمتع كل من يستطيع اكتساب الحقوق والتحمل بالتزامات الدوائية بصفة الشخص الدولي. إنطلاقاً من هذا المفهوم فإن كل كيان يستطيع اكتساب الحقوق والتحمل بالتزامات دولية؛ يؤخذ سلوكه كسوابق مساهمة في بلورة العرف. وهذا يعني أن المنظمات الدولية وشركات التحرير الوالدية تعتبر أطرافاً شريكة في صياغة القواعد الجديدة.

أما التصرفات الصادرة من أطراف لا تتمتع بالقدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالتزامات الدولية؛ فإنها تعتبر وقائع مادية لا أكثر. ومن الأمثلة على ذلك، المواقف الفقهية والنشرات التي تصدرها المؤسسات العلمية^(٢).

(١) - انظر في ذلك: Quadri (R) , cours général, cit , P: 373-385 .

وحامد سلطان - القانون الدولي العام في وقت السلم - الطبعة السادسة القاهرة - دار النهضة العربية - 1976 - ص 67/65 . ويمير الأستاذ على صادة، أبو هيد، - القانون الدولي العام - المثار إليه - ص ١٠6 بقوله: " أصبح يشار إلى الدول ... أشخاص آخرون ... وامتدت إليهم أحكامه فأضيفت عليهم بذلك نوعاً من الشخصية أو الأهلية القانونية الدولية " .

(٢) - راجع في ذلك المصنفين 49/48 من هذا البحث.

الفرض الثالث: المناسبة والتكرار .

يكاد يسيج الفاضد على ضرورة الإتيان بالتصرف الممنوع كلما سمحت الفرصة أو طالت المناسبة ، لكي يساهم في بلورة العرف . وهذا أمر مقبول ، لكي تتدفق السابقة بأهميتها ، ولتتقيد شرط العمومية والتوافق، على النحو الذي حددناه في المفهوم المقترح .

يستتبع تكرار السابقة في الحالة المماثلة عنصراً إلزامياً لقيام العرف . ذلك لأن عدم تكرارها يعني الإهمال واتخاذ مسلك آخر ، مما يوحي بتوجيه النية إلى تعديله، أو مخالفة المسلك الأول (المهمل) وهو ما يمنع قيام العرف .

لم يندد الفقه ولا القضاء بمدى التكرار اللازم لقيام القاعدة العرفية وتتراوح المواقف بين من يكفي بمصادقة واحدة⁽¹⁾ وبين من يتطلب الإلتصاف العرفي تأسيساً بموقف القضاء . حيث نلاحظ بهذا الصدد أن المحكمة الدائمة ومحكمة العدل الدولية كانتا تتالبان " الإستعمال العرفي " . ولذلك نجد المحكمة الأميرة تلجأ إلى سوابق يسود تاريخها إلى أكثر⁽²⁾ من مائة سنة في قضية " حق المرور " غير أن المحكمة ذاتها اتخذت موقفاً آخر في قضية الجرد القاري سنة 1969 . حيث رأيت بأن انسياب فترة قصيرة من الزمن ليقتطع ثلاثاً دون قيام العرف⁽³⁾ ما هو موقوفنا في ظل هذا التقليل .

إن للتكرار علاقة بالمطالعة المعروضة فإن كانت كثيرة الوفوخ اهتبط فيها التكرار الكثير . عكس الحالات النادرة الوفوخ . وبعبارة أخرى فإن الحد الأدنى للتكرار كما هو ما يكفي لإثبات صحة السلوك، وصحة الإلتصاف بالالتزامية⁽⁴⁾ .

(1) - منعم " بديراسي " و " محمد العتاشي " راجع ذلك في المقدمة (16)

من هذا البحث .

(2) - CIJ , Recueil des arrêts , affaire droit de passage , 1960 , P:40 .

(3) - CIJ , Recueil des arrêts , affaire de plateau continental , 1969 ,

page 43.

(4) - وعو الاتجاه الذي يؤيد هذه الأستاذ " فاضل انجان " دروس القانون

الدولي - الجزائر - كلية الحقوق - 1981 - 1982 .

الفرع الرابع : الترميمية

يؤكّد عدد من الكتاب الذين درسوا القانون الدولي والموا على نواقصه على ضرورة وجود بعض القواعد الترميمية التي تمكّن النظام العام الدولي (1). وهو ما أكدته لجنة القانون الدولي سنة 1966، وما تم تكريسه في المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سنة 1969، وما ورد في المادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة قبل ذلك.

لقد ترجم هذا الواقع الفقهي والاتفاقي اتجاه السلف من أنصار المدارس الطبيعية والاجتماعية والموضوعية. وتبعاً فإن التصرفات المخالفة للشرعية تتبع باطلية، ولا يمكن لها المساهمة في بلورة العرف. ومنطلقنا في ذلك هو اعتبار المعاهدة المخالفة للقواعد المرة باطلة، كما تقضي المادة (53) السالفة الذكر.

هذا ونشير إلى أننا خصصنا فضاءً خاصاً للشرعية الدولية (الفصل الثاني من الباب الثاني) ولذلك نحيل إليه فيما يخص التفاصيل.

المبحث الرابع

أنواع القواعد العرفية

من ناحية متعددة معايير لتقسيم القواعد العرفية : فننتار منها
المعايير الآتية :

معيار المخاطبة ومعيار المصدر والتبند الإلزامي . ولذلك نقسم هذا
المبحث إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : أنواع القواعد العرفية من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامها

يقتصر هذا المطلب تكملة للمبحث الثالث ، ولذلك نتبع فيه نفس
التقسيم ، ونتناول في الفرع الأول الدول وفي الثاني المنظمات الدولية
وفي الثالث حركات التحرير الوطنية .

الفرع الأول : الدول

باعتبار الدول هي الأشخاص الدولية الأولى⁽¹⁾ المخاطبة بأحكام القانون
الدولي ، وباعتبار القانون التقليدي يعتمد على الفعاليات ، وباعتبار أن
العرفية يتكون من أعمال، وتصرفات أشخاص القانون الدولي . فإن الدول تحوز
على قدر كبير من القواعد التي تنطبقها . وهكذا فإن أغلب قواعد
القانون الدولي تنطبق الدول ؛ الحصانات الدبلوماسية ، قواعد الحرب
البرية ، البحرية ، القواعد المتعلقة بتحديد المياه الإقليمية ، قواعد
إبرام المعاهدات وتفسيرها . الخ .

ولعل السبب في ذلك هو اعتماد السيادة كمعيار للشخصية الدولية ،
كما رأينا من قبل⁽²⁾ .

المطلب الثاني : المنظمات الدولية

(1) - أنظر في ذلك محمد السعيد الدقاق - القانون الدولي : المصادر

والأشخاص - الطبعة الأولى - بيروت - دار الجامعة - 1981 م 347 .

(2) - راجع في ذلك الصفحة (39) وما بعدها من هذا البحث .

الفرع الثاني: المنظمات الدولية.

سبقت الإشارة إلى النقاش الذي أثير بصدده الشخصية الدولية للمنظمات الدولية . ولقد انتهى البحث إلى أن رأي المحكمة الإستعاري الصادر في 11/04/1949 وضع حداً للجدل الذي كان سائداً ، بتقريره الشخصية الوظيفية لصالح هذه الكيانات . وتبعا لذلك فإن مساهمتها في بلورة الأحكام العرفية أصبح من الأمور المسلم بها . وذلك طبقاً للمقولة القاضية بأن أشخاص القانون الدولي هم الماهمون في تحديد أحكام هذا الأخير . وطالما أن الأمر كذلك فإن المنظمات الدولية أصبحت مغاظة بالقواعد العرفية المناسبة وكقواعد الخصائص والامتيازات ، حيث يذهب بعض الكتاب إلى أن الإتفاقيات التي تبرمها المنظمات الدولية ، والتي لا تذكر هذه الامتيازات على سبيل الحصر ، تؤدي إلى تطبيق الأحكام العامة على تابعي المنظمات الدولية⁽¹⁾ . بل أن إتفاقيات المقر المبرمة بين المنظمة والدولة المضيفة أصبحت تشكل قاعدة عرفية ، بفعل تكرار إبرام هذه الإتفاقيات ، وبفعل الرأي الإستعاري لمحكمة العدل الدولية المتعلق باغتيال " الكونت بيرنادوتا " ، حيث اعتبرت المحكمة عملية وضع رسالة أمام المنظمة يقتضي أن يترتب عليه إعطاءها الوسائل التي يمكنه لتطبيق هذه الرسالة⁽²⁾ .

يستند الموقف السابق على اعتبارات قانونية تتمثل في موطن هذا الكيان الجديد (المنظمة الدولية) ، بحيث يعصب تصور شخص قانوني بدون موطن من الناحية القانونية البحتة . كما أن الاعترافات العملية تدعمه ، بأن تتنازل بعض الدول مؤقتاً عن جزء من إقليمها كدليل عملي عن جسدي المنظمة ومصلحة الدول الأعضاء فيها .

(1) - محمد السعيد الدقار - المرجع السابق ، ص 165 . بل أن الأستاذ " سورينسون " يذهب إلى أكثر من ذلك ، حيث يعتبر الإتفاقيات التي تبرمها المنظمات الإقليمية مع منظمة الأمم المتحدة دليلاً على تمتع هذه الأخيرة بالشخصية الدولية وأداة لنسج القواعد العرفية . راجع في ذلك دروسه

تحت عنوان : - Principes de droit international , cit , P: 139 .

(2) - لقد انطلقت المحكمة من هذا المبدأ لتقرر تمتع المنظمة بالشخصية الوظيفية . وإنما لا نجد مانعاً من التمسك بهذا المبدأ ، ولنا إليه في المتن .

هذا ، ونشير إلى أن عدلية التبادل، الدبلوماسية بين الدول وانتماءات الدولية أصبحت من الممارسات اليومية لمؤيدي الشخصيات الدوليين .
 وبكنا نجد كياناً آخر يقف إلى جانب الدول، باعتباره مناطياً بأحكام القانون الدولي العرفية .

الفرع الثالث: حركات التحرير الوطنية .

لم يذكر الأستاذ " كادي رولاندو " حركات التحرير الوطنية باعتبارها كياناً يتمتع بالهشمية الدولية ، رغم أن دروسه قد أقيمت بأكاديمية القانون الدولي بصد إبانة الاستعمار من طرف منظمة الأمم المتحدة سنة 1960 . معاً قد يوصي لبعض بأن هذه الكيانا لا تتمتع بالهشمية الدولية ، ولكن الدراسة المتأنية تفيد عكس ذلك ، كما ضمينا من قوله بأن الشخصيات القانونية اتسمت لتشمل كياناً غير حكومية (1) وصراحة من قواله :

" إن انتصار إئتلاف المتمردين على النظام السائد ... وسيكون ... مما أسا للتاريخ كالتزم بأن هذه الأحداث المفاجئة ، وما تحدثه من تغيير في المصور الجماعي ، ليست في مستوى تعديل القانون الموجود ."
 وبعبارة أخرى فإن حركات التحرير (إئتلاف المتمردين) قادرة على تغيير المصور القانوني وتعديل القانون الموجود . وهو ما أحدثته حركات التحرير في العشرين الخامسة والسابعة من القرن العشرين ، كما أدى إلى إبانة الاستعمار سنة 1960 ، وتسمية تلك السنة بالسنة الإفريقية ، حيث حصلت إحدى عشرة دولة إفريقية على استقلالها الوطني .

من أمثلة القواعد العرفية المناطية لحركات التحرير والقواعد المعترفة بصحة معاهدات الاستقلال ، والمعاهدات مع الدول الصديقة علماً بأن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لم تذكر حركات التحرير الوطنية

(1) - Quadri (R) , cours general de droit international , cit , P: 325 .

(2) - Quadri (R) , ibid , P: 325 .

ولم تمنحها هذا الحق ، ونفس الشيء بالنسبة للعلاقات الدبلوماسية حيث أصبحت حركات التحرير تتمتع بهذا الحق وتمارسه على أوسع نطاق كما من طريقتين فتتبع مكاتب تمثيل مصالحها في الدول المعنية ، مع تمتع بممثليها بالصانعات والامتيازات الدبلوماسية ، الأمر الذي يسوي بوجود قاعدة عرفية في هذا المصنف ، علماً بأن اتفاقية العلاقات الدبلوماسية لم تمنح هذه الحقوق لحركات التحرير .

ثم إن حصول منظمة التحرير الفلسطينية وسوابغها على صفة المراقب الدائم في منظمة الأمم المتحدة كما أنه أن يشكل سابقة دولية لقيام قاعدة عرفية ، مقتضياً قبول كل حركة تحرير وطنية تتمتع بنوع من المساعدة الدولية بمثل هذه الصفة .

إذن هناك جملة من القواعد العرفية تغايب حركات التحرير الوطنية ، على غرار القواعد التي تغايب الدول والمنظمات الدولية . وبذلك تتأكد مصداقية المقولة بأن القانون الدولي هو القانون الذي ينظم العلاقات الدولية .

المطلب الثاني : أنواع القواعد العرفية من حيث المصدر .

عمد الأستاذ " جيرو " إلى تقسيم الأعراف من حيث المصدر إلى ثلاثة أنواع (1) :

العرف، التقابلي وهو المتولد من المصل الحكومي ، العرف القضائي وهو الناتج من عمل القضاء ، العرف المسوجه وهو المترتب عن تصرفات المنظمات الدولية .

تشكل هذه الأنواع الثلاثة عناوين الفروع الآتية :

(1) GIRAUD (E) , Le droit international public et politique , cit , P: 634

الفرع الأول : الصرف التقليدي .

إنه الصرف المتأتم من السلوك الذي اتبعه الأشخاص الدوليون حتى تحصل على عنصر الالتزام . وينقسم إلى ركنين أحدهما مادي والآخر مسموي . وهو موضوع الدراسات التقليدية ، ولذلك نعالجها فيها (1) .

الفرع الثاني : الصرف القضائي .

يرى بعض الكتاب بأن الأحكام والقرارات القضائية تشكل مصدراً هاماً للأحكام السرفية (2) ، على الرغم من أن المادة (59) من نظام محكمة العدل الدولية - الموافقة للمادة (84) من اتفاقية لاساي لعام 1907 المتعلقة بتسوية النزاعات بالطرق السلمية - تقضي بنسبية الأحكام التي تصدرها المحكمة . وهكذا يعتقد الأستاذ " جيرو " بأن تحول هذه التصرفات إلى قواعد عرفية يتم عبر الآلية الآتية : (3)

" عندما تريد المحكمة الفصل في القضية المعروضة أمامها ، تصود إلى السوابق المعروضة في المجلات المماثلة أو المقاربة لها ، دون الالتزام باتباع تلك السوابق وكما هو الشأن في الصرف التقليدي ، فإن الصرف القضائي يتكون من بعض القرارات (الأحكام) المتكررة أو المتكاملة ."

يفهم من هذا القول استعمال نفس التقنية في الصرفين التقليدي والقضائي . لكن الكاتب استعمل كلمة تحتاج إلى تفسير . فما المقصود بكلمة " المتكاملة " .

عندما يتكلم عن العلاقة بين القاضي والصرف يقول : (4)

" الأمر يعود للمحاكم في الفصل في وجوده (الصفة) في ضوءه ولكن القاضي لا يتجه إلى تاييد السابقة بخلافها . إنه يكملها عندما يكون أمام غير معروضة سابقاً ، ويبدلها أحياناً لتصبح موافقة للأفكار وطلبات الجديدة "

(1) - أنظر : GIRAUD (E) , Op - cit , et ; GIANNI (G) , La coutume en droit

international , ainsi que : MALLEA (E) , Quelques considerations sur la relation entre les principes généraux de droit/COUTUME :

-GIRAUD (E) , Op -Cit, page 634 - 639 . (2)

-GIRAUD (E) , ibid , Page : 639-640. (3)

-GIRAUD (E) , Ibid , page 641-642 (4)

وبعبارة أخرى فإن مفهوم التكاليف الذي أشار إليه يعني وجود أحكام تثار حول نقاط معينة متقاربة، تتعلق بموضوع معين .

يسوّغ من الفقرة السابقة، بأن القضاء يتدخل في تكوين الصرف بطريقة تكرار الأحكام، أو عن طريق إكمال الفراغات القانونية (في حالة التفسير)، أو عن طريق تعديلها لجعلها متناسبة مع الحالة المروضة . وهذا ما يجعل دور القاضي هاماً ومخيراً؛ مما جعل أحد القضاة يقول: (1)

" إن ممارسة الوظيفة القضائية تكف عن التمتع الكبير للعلاقات الدولية، وعن التنوع والأهمية غير المشكوك فيها لوضعيات بسيطة أو فريدة بصورة محضة . الأسباب التي لا تسمح بتطبيق قاعدة عرفية دون تفرقة ..."

هذا وتفسير، إلى أن هذا النموذج معروف منذ القديم (2) وليس له أنصار في الفقه والتضاء على النحو الذي ستره في الفصل الثاني (3)

الفرع الثالث: الصرف الموجه .

يكمن أصل هذا النوع من الأعراف في التعبير الجماعي للرأي، الذي يتمثل في صدور قرار من منظمة دولية، يتم التصويت عليه من طرف الجمعية العامة (4)؛ علماً بأن هذه الأخيرة لا تملك (بصورة عامة) القدرة على إصدار تصرفات ملزمة، غير أنها تستطيع أن تتحول إلى قاعدة عرفية إذا وافقها العمل وإذا توفرت المقدمات بضرورة احترامها (5).

(1) - القول للقاضي الدولي " شارل دوفيسر " نقلاً عن :

GIRAUD (E), op cit , PAGE 644

(2) - انظر رسالة - MATEESCO -(N) La coutume source de droit international, cit , page 265.

(3) - راجع في ذلك الصفحة (87) من هذا البحث .

(4) - تتكون الجمعية العامة من كافة الدول الأعضاء في المنظمة . ويتم

التصويت بالأغلبية بصورة عامة ، مما يسمح للبلدان الغامبية

استخدام الأغلبية التلقائية لصالحها كما يرى القاضي الدولي الجزائري

محمد بباوي - المرجع السابق - ص 196/189 .

(5) - CASTANIDA (J) Valeur juridique des résolutions des nations unies, R.C..A.D.I. 1970 .I.T.129 LEYDE, AW.SIJTHOFF 1970

يشرح الأستاذ « محمد السعيد الدقاي » هذا النمط من التكوين للقاعدة
عرفية بقوله: (1)

« ... وفي حالة تدخل المنتظم الدولي (المنظمة الدولية) للإسهام
في تكوين القاعدة العرفية عن طريق ما يصدره من قرارات ، نجد أن مضمونها
يتحدد ابتداءً بواسطة قرار ... ليستعمل بعد ذلك - حينما يتوفر
الركن المعنوي - إما بسند صدور القرار الأول ، وإما بسند تكرار صدور
قرارات مماثلة ، إلى قاعدة عرفية . »
يبدو أن هذا هو مقصود الأستاذ « جيرو » من قوله « إذا وافقها العمل
وإذا توفرت المقيدة » .

وبمباراة أخرى يتكون هذا العرف في شق منه طبقاً للصيرورة التقليدية
عن طريق التكرار ، وفي شق آخر يتكون فقط من تطبيق القرار ، أي دون تدخل
المنظمة الدولية بإصدار قرارات مماثلة . وفي هذه الحالة يكفي العمل
لقيام العرف . لكن أين هو الركن المعنوي ؟
يسرى الكتاب المناصرون لهذا الاتجاه ، أن العنصر المعنوي في القرار
يكون مصحوباً لصدوره . أي أنه يسبق العمل ، عكس ما يحدث في العرف
التقليدي . (2)

إنّ صرح هذا القول في جزء منه فيما يتعلق بالقرارات الملزمة ، فإنه
لا يكون صحيحاً في القرارات غير الملزمة . ولذلك نجد الأستاذ « تيبيري »
يقول بأنه لا يمكن وضع القرارات في نفس المستوى ، ولكن ينبغي علي
القرارات المساهمة في بلورة الأعراف بهذه الطريقة ، أن تكون مقبولة بأغلبية
ساحقة ، وأن يكون مضمونها عاماً ومجرداً ، وأن يتم تكريسها بعمل لاحق (3)
وبتعبير آخر فإن هذه التصرفات تشكل إطاراً مسبقاً لأعراف مستقبلية ،
لا تقتصر سوى تأييد العمل لها لتتحول إلى قاعدة عرفية . وإننا سنقدم
نماذج عنها في الفصل الثاني من هذا الباب (4)

(1) - محمد السعيد الدقاي - المرجع السابق - ص 187 .

(2) - من مؤلف « محمد السعيد الدقاي » و « جيرو » و « تيبيري » و « شارل
دو فيشر » .

(3) - THIERRY (H) , droit international public, cit , P: 122 .

(4) - انظر الصفحة (221) من هذا البحث . وما بعدها .

المطلب الثالث : أنواع القواعد المصرفية من حيث الالتزام

يمرر القانون الدولي ، من هذه الزاوية ، نوعين من القواعد المصرفية :
القواعد العامة والقواعد الإقليمية أو الخاصة (1) . وهو ما سنتمركز فيه
في الفرعين الآتيين .

النوع الأول : الأعراف العامة

يمرر هذا النوع بأنه يتكون من القواعد التي تربط جل أعضاء المجتمع
الدولي ، والتي يتشكل منها القانون الدولي المشترك . وعليه فإن أحكامه
تواجه جميع الدول ، بما في ذلك الدول الجديدة ، والدول التي لم تقدم أية
مساهمة في إنشائها (2) . ومن الأمثلة عليها القواعد المصرفية البحرية ، التي
يحتقده البعض بأنها تلبن على الدول التي أصبحت تطلق على البحر كالصرب سنة
1919 . فما السبب في ذلك ؟

يمتقد البعض بأن هناك قرينتان تفيضان قبول الدولة بالقاعدة : (3)

1 - سكوت الدولة .

2 - دخول الدولة إلى المجموعة الدولية ، يعني قبولها الإجمالي لمجموع القواعد
الموجودة سابقا .

وفي الحقيقة ، فإن سكوت الدولة أو دخولها إلى المسرح الدولي ، لا يعني بالضرورة
قبول القواعد التي تنظم العلاقات الدولية . بل قد يعني وجود ظروف سياسية
واقتصادية واجتماعية واستراتيجية تدفعها إلى ذلك .

إن أغلب البلدان النامية تتمسك في قواعد القانون الدولي الظالمة (4) ،
وتسمى إلى تغييرها ، رغم أنها انضمت إلى المجموعة الدولية . ذلك لأنها
تتمسك في مصادقية " الإلتزام - القبول " . وتؤمن بضرورة التغيير مسن
الداخل ، طالما أنها عاجزة عن التغيير من الخارج .

(1) - يقسم " شومون " القواعد الدولية إلى القواعد الخاصة (المرف الصارم)
والمماهدة الثنائية) والقواعد العامة (المرف العام والمعامدات ممتددة الأطراف)
والقواعد العليا (الأمرة) . أنظر دروسه أمام أكاديمية القانون الدولي
سنة 1970 - المشار إليه - ص 373 .

(2) - L'huilier (J) , Op- cit , P: 223 .

(3) - L'huilier (J) , Op - cit , P: 224 .

(4) - محمد باقر - المحرر السابق - ص 179 .

تصني القرينة الأولى ضمياً، تمتع الدول بحق التحفظ الصريح على القواعد الموجودة . وهو ما يشكل النتيجة المنطقية للمنظمة الإراقي، ولكنه يؤدي إلى تفكك هذا الصنف من القواعد، مما يقلل من حجيتها ويقلص من عموميتها، بل قد يؤدي إلى تغيير نوعها . فتصبح قاعدة غير عامة . ولكي نفهم ذلك جيداً، نفترض بأن الدول الجديدة تحفظت كلها على الأعراف التي وجدتها عند دخولها إلى المسرح الدولي . وإذا علمنا أن عدد الدول الجديدة يفوق بكثير عدد الدول التي كانت موجودة قبل الحرب العالمية، الثانية، فإن ذلك يؤدي إلى تغيير درجة الأعراف العاقبة التي كانت تحكم علاقات الدول آنذاك، فتصبح غير عامة . وبذلك تسقط المقولة القاضية بمواجهة الأعراف العامة لجميع الدول قديماً وجديماً .

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن شرط الرفض الصريح من النادر جداً أن يتحقق، نظرًا لعدم تعدد فترة إصداره . فإذا كانت الأحكام تسيء ألبا على الأشخاص الدولية بمجرد ميلادها، فمفنى ذلك أن سريان العرف يبدأ قبل إصدار الدولة قرارها بالانضمام . أما إذا تركنا تحديد هذه المدة للدول، فإن كثيراً منها لاتصدر قرارها، إلا عندما يكون العرف ماساً بمصلحتها سلباً أو إيجاباً . وبذلك يسود عدم الاستقرار وعدم وضوح الأحكام المكونة للقانون الدولي المشترك .

لحمل هذه الأسباب هي التي دفعت أحد الكتاب إلى القول: (1)
 "إذا كان أصل العرف خارجياً، أو أعلى من الدول... فإننا نصل إلى أن ميدان تطبيقه عالمي... إن منطق للاتفاق الضمني يقودنا إلى تعدد الأعراف الإقليمية والمحلية... ويصبح من الصدفية إثبات قاعدة عامة" . ويقترح هذا الكاتب ثلاثة معايير لتطبيق الأعراف العامة وهي (2):
 1 - ليس شرطاً أساسياً مساهمة الدول لسريان العرف في مواجبتها .
 ويضرب لذلك مثالا بقواعد البحر المتكونة منذ القرن السابع عشر

(1) - THIERRY (H) , droit international public , cit , P: 117 .

(2) - THIERRY (H) , ibid , P : 118 .

- والثامن عشر ، بمساهمة الدول الأوروبية والقوى العظمى .
- 2 - ليس من الضروري أن تقبل الدول صراحة الحكم العرفي . معتمدا على آراء عدد من الكتاب ، من بينهم الفقيه السوفياتي " تونكين " ، التي تقضي بأن شؤون الدولة الجديدة إلى المجموعة الدولية دون تحفظ ، يعني قبول المباني والقواعد القانونية السارية .
- 3 - إن الدول الراضة صراحة للأحكام العرفية ، لا ترتبط بها . مستثمدا في ذلك بحكم محكمة العدل الدولية في قضية المصائد ، حيث أعلنت بأن النرويج كانت دائما ضد كل محاولة تهدف إلى تطبيق قاعدة الفئرة أميال على الساحل النرويجي . وباختصار فإن النتيجة التي توصل إليها ، تتمثل في سريان العرف العام على الكافة ، ما لم يصدر تحفظ صريح .
- وهكذا حاول الكاتب السالذ الذكر الخروج من معاينة الإتفاق الضمني ، لكنه بقي في إطارها . طالما أنه تكلم بحسن التعفظ .
- إن المدرسة الإرادية تقع في مفارقة عجيبة ، حين تقيم العرف على الإرادة وتفترض في التصرفات الإرادية العجبة العامة ، المؤهلة لها للتطبيق على أطراف لم تعبر عن إرادتها .
- إن التفسير الصحيح للعجبة العامة ، يكمن في تمتع الأعراف العامة بميزة موضوعية ، لا علاقة لها بالإرادة . وذلك بأن تكون تطبيقا أو تفسيرا أو اعتقادا من القواعد الآمرة الدولية (1)
- صحيح أن هذا الرأي يقلل من الأعراف العامة ، لكن لا ضير ، طالما أن القواعد التي تتمتع بتلك العجبة ، تجد أساسها القانوني الحقيقي .
- يخدم هذا الرأي مصالح البلدان التعريرية ، التي تميل إلى التخلص من لاعدالة القانون الدولي الحالي ، عن طريق تدعيم الشرعية الدولية ، وأعني بذلك القواعد الآمرة الدولية ، التي ينبسفي على المحافل الدولية ورجال القانون تحديدها والإطلاع على فحواها .

(1) يشير إلى ذلك الأستاذ محمد سامي عبد الحميد بقوله :

" فالقواعد المتمثلة بالمصلحة العليا لا يجوز الإتفاق على مخالفتها . "

راجع في ذلك كتابه - أصول القانون الدولي العام - المجلد الأول في القاعدة الدولية - المشار إليه - ص 280 - 282 .

الفرع الثاني : الأعراف الإقليمية .

ينصّب عدد من الكتاب⁽¹⁾ إلى أن انتماء الدول إلى الجماعة الدولية في مفهومها العالمي ، لا يتعارض مع وجود جماعات دولية إقليمية لها قواعد ملزمة لها ، رغم عدم تصريح المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية بذلك . وإذا كنا لا نعارض هذا الاتجاه الذي نجد مكرساً في المادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة ، فإننا نتساءل عن الطبيعة القانونية لهذه القواعد ؟

يجيبنا أحد الكاتبة بأنه " لا يوجد أي خلاف واقعي في الطبيعة القانونية ... والخلاف الوحيد هو في مجال سريانها ، حيث تسري على الجماعة التي أوجدها . " (2)

إنطلاقاً من هذا المفهوم ، يتدخل ضمن هذه الأعراف القواعد التي نشأت بين أعضاء المنظمات الدولية ، حيث يلاحظ الأستاذ سورينسون⁽³⁾ بأن الأعراف، التي تطورت في إطار العصبة بقيت آثارها القانونية لائتمس الدول غير الأعضاء ... ولكن ينبغي أن تكون موصوفة بأنها أعراف دولية " (3) " هذا ، وعلى الرغم من أن نظام محكمة العدل الدولية لم يتكلم صراحة عن هذا النمط ، فإن المحكمة كرسته في عدة أحكام منها " قضية المصائد " ، " حق الملجأ " ، " حق المرور " ، وفي الحقيقة ، فإنه لا يمكن استبعاد هذا الموقف ، طالما أن المحكمة اعتمدت النظرية الرضائية في العديد من أحكامها ، وهكذا نجد في قضية " حق المرور " تقول :

" لأثرى المحكمة سبباً لمدّم اعتبار المملكتين مستمر بين دولتين ؛ باعتباره عملاً مقبولاً ، لتفسير علاقاتهما ، أساساً للقانون الملزم لهاتين الدولتين بصفة تبادلية . " (4)

إذا كانت المحكمة قد قبلت إمكانية نشوء عرف بين أطراف محدودة فمأهو موقفة الفقه ؟

- (1) - منظم "تيميري" و" نويلي" المراجع السابقة - ص 119 و 223 على التوالي .
- (2) - محمد سامي عبد الحميد - المرجع السابق - ص 280 .
- (3) - SORENSEN (M) , Les sources de droit international , cit , P: 104 .
- (4) - ARRET du 16/04/1960 , cij , recueil 1960, P: 39 .

يسكن القول منذ البداية بأن الفقه قبل هذه الإمكانية ، ونذهب في تفسيرها إلى القول بإمكانية وجود أعراف بين الدول التي تنتمي إلى نظام سياسي معين^(١) . كأن تقوم قواعد عرفية بين البلدان الإمبراطورية وأخرى بين البلدان الرأسمالية .

ومع عدم استبعاد هذا الافتراض ، فإنه يبدو من الضروري اشتراط عدم مساس القواعد التي تقوم بين هذه الأنظمة ، بالقواعد الأثرة الدولية . أي ينبغي أن تكون في حدود المرعية الدولية (النظام العام الدولي) ، حتى لا يتخذ الحكام الإيديولوجية ستارا للتدخل في الشؤون الداخلية للمصوب .

يؤكد الكتاب على ضرورة مشاركة الدولة في الأعراف الإقليمية لكي تكون مفعية بها . ولذلك نجد الأستاذ " تييرى " يقول : (2)

" إن الأعراف الخاصة لا يمكن تطبيقها إلا بالنسبة للدول التي ساهمت عمليا في تكوينها . " وتعبا لكل ما سبق فإن هناك الأعراف الإقليمية إلى جانب الأعراف العامة ، تمتاز بميدان سريانها المحدود ، عكس الأعراف العامة التي تسري على المستوى العالمي . لكن ما عني العلاقة بين هذين الصنفين من الأعراف ؟

الفرع الثالث : العلاقة بين الأعراف العامة والأعراف الإقليمية .

من السهل تحديد العلاقة بين مختلف قواعد القانون الدولي ، بإستناد على مبدئي : " اللائق يلغي السابق " و " الخاص يقيد العام " . لكن الصعوبة تثار بصدد هذا الأخير . إذ ما هي المطلبات التي تدخل ضمن نطاقه ؟
المسرون ، أن القواعد العرفية تنقسم من حيث المدى إلى أعراف ذات سمعة واسعة كدأب الفقه الغربي على إطلاق عدة تسميات عليها منها :

(1) - GIRAUD (E) , Op - cit , P: 638 .

(2) - THIERRY (H) , Op - cit , P : 120 .

« les coutumes universelles » « les coutumes générales »
 .." les coutmes mondiales "

بينما يالتي تسميات :

« les coutumes locales » « les coutumes régionales »
 " territoriales " " spéciales " على الأعراف ذات التسمية
 النهائية .

لو أردنا التمسك في هذه المصطلحات ، فإننا نجد العرف العام هو نتيجة
 لاستعمال معيار " مدى الحكم " . وتقابلها الأعراف الخاصة . وأن الأعراف
 العالمية هي نتيجة استعمال المعيار الجغرافي ، وتقابلها الأعراف
 الإقليمية . كما يدخل تحت نتائج هذا المعيار العرف العالمي كمقابل
 العرف المحلي . وهو ما يشير إليه الأستاذ " جورج بونار " باعتقاد المعيارين
 الجغرافي والمالي (1).

غير أن العمل الدولي بصفة الخطأ في انتقاء المصطلحات المناسبة ؛
 حيث لا يميز بين العرفين العام والعالمي ، وبين الخاص والإقليمي . فيتوصل
 إلى دراسة العام مع العرف الإقليمي . والعرف العالمي مع العرف الخاص .
 وهو ما وقعت فيه محكمة العدل الدولية في قضيتي " حق الملجأ
 سنة 1950 " و " مدى المرور سنة 1960 " حيث قررت في هذه الأخيرة تطبيق مبدأ
 " الخاص يقدر العام " وتالت على النحو : (2)

" إن عملاً خاصاً كهذا (وهي بحدود دراسة العرف الإقليمي) ينبغي أن يتقدم
 على القواعد العامة المحتملة . " وبعبارة أخرى فإن المحكمة قررت أولوية
 العرف الإقليمي على العرف العام . مستبصرة الإقليمي مرادفاً للخاص . وهو ما
 يشكل مزجاً بين مطالبين مختلفين من حيث المصدر ومن حيث الطبيعة .
 فمن حيث المصدر نجد العرف الإقليمي يقسم بثلاثة الفئات الإقليمية

(1) - BENAR (G) , Sources de droit international ; la coutume :
 application et exécution , J.C.D.I , FASC 13C 1960 , PARIS , édition
 techniques , 1960 , P: 10 .

(2) - CIJ , Recueil des arrêts , 1960 , P: 44 .

الموجودة بين أطراف معينة (المقياس الجغرافي) ضمن نطاق جغرافي معين • كما أن سبب وجوده فهو غياب قاعدة عالمية تحكم العلاقة العمومية • فلو وجد عرف عالمي ينظم هذه العلاقة لما كان بد لوجود قاعدة إقليمية • وإذا كان هذا هو وضع العرف الإقليمي • فإن العرف الخاص يختلف، حيث يكون سبب وجوده فهو وجود خصوصيات ذاتية لعلاقة معينة • ليست بالضرورة إقليمية • تندرج إلى تجاوز حكم العرف العام • الساري على أطراف العرف الخاص من حيث المبدأ • وهو ما يندرج في الإضافة • لقد أشارت محكمة العدل الدولية إليه في قضية المصائد بقولها: (1) "إن النشاط الخارجي للمصغور يفرض نفسه • باعتباره ينبني العمل به لتعديد المياه الإقليمية الترويجية • إن هذه العتائق الجغرافية تملي هذا العمل •"

ومن حيث الطبيعة • فإن العرف الإقليمي وجد ليحكم علاقة ضيقة • يفترض أنها غير منظمة بعرف عالمي • وبالتالي فإن ضيق العمومية المتوفرة فيه فلا تسمح له بالتأثير في العرف العالمي • وهو ما نعتقده مكرسا في المادتين (52) و(103) من ميثاق الأمم المتحدة (2) • يترتب على هذا التمييز استبعاد تطبيق قاعدة "الخاص يقيد العام" بالنسبة للعرف الإقليمي في مواجهة العرف العالمي • أما العرف الخاص • فعلى الرغم من أن الصلاقة التي يثيرها تبدو محدودة من حيث الأطراف • فإن العمومية التي ساهمت في قيامه هي نفسها العمومية المساهمة في قيام القاعدة العامة • سواء كان ذلك بصورة صريحة • كما هو بالنسبة للقاعدة التي تسمح لحركات التحرير الوطنية باستعمال القوة • تجاوزا للقاعدة العامة المحرمة لذلك • أو كانت ضمنية • كما فعلت محكمة العدل الدولية في قضية المصائد كما رأينا •

(1) - CIJ Recueil des arrêts , affaire des pêcheries 1951, P: 128 .

(2) - اللتان تسمحان بوجود تنظيما إقليمية • وبالتالي قواعد عرفية إقليمية على هذا المستوى • شريطة عدم التعارض مع مبادئ الميثاق • وفي حالة التعارض فإن الأولوية تكون للحكام الميثاق •

وتبعاً لذلك، فإن هذا النوع من الأعراف هو المؤهل لامتصاص قاعدة
"الخاص يقيد العام" .

وأخيراً هل يستطيع العرف الإقليمي تعديل العرف العالمي؟
إن محكمة العدل الدولية فصلت في الموضوع في قضية "حق المرور" على
النهر الذي رأينا، (ينبغي أن يتقدم السهل الخاص على القواعد العامة) .
ولقد استند البعض على هذا الحكم للمقول بأن العرف الإقليمي يستطيع تعديل
والغاء العرف العالمي⁽¹⁾ . فهل تتفق الفحواضة التي وصلنا إليها من ذلك .
في الحقيقة، لتثار مسألة الأهمية (تعديل وإلغاء) - في العرف -
إلا إذا سألنا القاعدة الأولى في الإعمال . فإذا كان الأمر كذلك، فإن
القاعدة العالمية الساقطة في الإعمال تكون عرضة للتعديل والاشتباه
من طرف العرف الإقليمي . أما قبل ذلك فلا يصح ذلك بسبب الحجية العامة
التي تتوفر عليها الأعراف العالمية . وبسبب السومية العريضة التي ساعدت
في قيامها .

وشأنه القول، أن الأعراف الإقليمية غير صالحة لإثارة قاعدة
"الخاص يقيد العام" . ومن ثم فإن الأعراف الأولى تكون تابعة للثانية،
أو هي تمشي معها، لها على حد تعبير البعض⁽²⁾ . وإذا ما وجدت حالة افتراضية
تعارضت فيها قاعدة ضيقة السمعة مع قاعدة واسعة السمعة، فإن الأولى
تسمى بالقاعدة الخاصة، وتسمى الثانية بالقاعدة العامة .
هذا ما يقضي على الخلط في المصطلح، والخلط في تطبيق القاعدة
"الخاص يقيد العام" . وهو ما يبدو موافقاً تماماً لمقتضى
المادتين (52) و (103) من ميثاق الأمم المتحدة .

(1) - DEVISSCHER (ch) , Les effectivites de droit international , cit , page : 69 ?

(2) - منهم " شارل دو فيشر " و " جورج بونار " راجع في ذلك :

- BENAR (G) , les sources de droit international, la coutume :
application et execution , cit , P : 10 .

الفصل الثاني

المعرف في المصطلح الدولي

من المتفق عليه فقها وقضاء⁽¹⁾ أن الإتفاقيات الدولية لا تكفي وحدها لتسيير العلاقات الدولية . إذ لابد من وجود مصدر ، أو مصادر تحمل معها هذا العيب . وتماشيا مع ذلك ، نجد كلا من اتفاقية لاهي لعام 1907 المتعلقة بإنشاء محكمة الفنائم ، ونظام محكمة العدل الدولية ، ينصان على المهادنة وإلى جانبها المرف .

وبالإضافة إلى ذلك ، فإن المهادنة تشير عدة إشكاليات يتم حلها عن المرف ، كتحديد أهلية إبرامها ، ومصدقوتها الإلزامية⁽¹⁾ . كما أن تنفيذ المهادنات يتم طبقا للقواعد العرفية .

ففيما يخص التنفيذ فإننا نجد قاعدة "التنفيذ بحسن نية" مدعومة في جميع المهادنات⁽²⁾ ونفس الشيء بالنسبة لتفسير المهادنة ؛ حيث نجد قواعد التفسير بحسن نية ، أعمال النص ، تفسير المهادنة وفقا للمعنى العادي للكلمات وضمن موضوع المهادنة ، والإستعانة بكافة النصوص القريبة منها ؛ تكون - هذه القواعد مدعومة في كل مرة⁽³⁾ .

تعتبر هذه المكانة لليهلا على إتساع دور المرف . إذ بالإضافة إلى كونه مصدرا مستقلا للقانون الدولي ، فإنه يساهم في حسم المشاكل المطروحة بمدد المصادر الأخرى . بل أن العمل الدولي لا يخلو من الإشارة إليه ، كلما ثار مشكل تطبيق القانون الدولي⁽⁴⁾ .

يشير موضوع المرف في العمل الدولي عدة تساؤلات نذكر منها :

- 1 - ما هو مركز المرف بين مختلف المصادر ؟
 - 2 - كيف يتم سريان القاعدة العرفية ؟
 - 3 - كيف يتم الاحتجاج بها ؟
- تشكل هذه التساؤلات عناوين مباحث هذا الفصل على النحو الآتي .

(1) - Marek (K) , contribution à l'étude de Jus cogens en droit international , *Polonais Dagenkiew*, Genève , tribune 1968, P:433.

(2) - وهو ما أشارت إليه المادة (26) من إتفاقية فيينا للقانون المهادنات .

(3) - راجع في ذلك المادتين (31) و(32) من نفس الإتفاقية لعام 1969 .

(4) - محمد السعيد الدقائ - المرجع السابق - ص 143 .

المبحث الأول

مكانة المرف بين مختلف المصادر

تنص المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية على ما يلي :

1 - تقوم المحكمة بالفصل في الخلافات المطروحة أمامها ، طبقاً للقانون الدولي وتطبق في ذلك :

أ - الإتفاقيات الدولية ، سواء كانت عامة أو خاصة ؛ بحيث تتضمن قواعد تعترف بها الدول المتنازعة صراحة .

ب - المرف الدولي باعتباره دليلاً للعمل العام المقبول بصفته قانوناً .

ج - المبادئ العامة للقانون المعترف بها من طرف الأمم المتحدة .

د - الأحكام القضائية وفقه فقهاء القانون الدولي الفطاحة لمختلف الأمم ، باعتبارها وسائل مساعدة لتحديد قواعد القانون الدولي ، دون الإخلال بالمادة (59) من النظام .

2 - لا يمس هذا الحكم بحرية المحكمة في الفصل طبقاً لقواعد العدل والإنصاف " *ex aequo et bono* " " إذا رضي الأطراف بذلك " .

تحدد الفقرة الأولى من هذه المادة المصادر التي يمكن للمحكمة الإستناد عليها في إصدار أحكامها وهي : المهاددة ، المرف ، المبادئ العامة للقانون ، الأحكام القضائية والفقهاء الراجح . فهل تكفي هذه المصادر لحسم النزاعات الدولية الشائكة والمتشعبة ؟ بل هل تكفي لمقتضى قواعد القانون الدولي الجديد ؟

مما لا شك فيه ، أن المصادر المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة ليست قادرة استيعاب المنازعات الدولية ، وإيجاد الحلول المناسبة لها . دليلنا في ذلك الفقرة الثانية من نفس المادة ، التي تتكلم عن قواعد العدل والإنصاف ، والتي تمنى إمداد القاضي بسلطة تقديرية واسعة لإيجاد الحل

للقضية المعروضة أمامه ، رغم تمتعه بهذه السلطة عندما يعود إلى الصرف والمبادي العامة للقانون .
 وبمباراة أخرى ، فإن المادة (38) من النظام اعتبرت الصرف والمماهدة والمبادي العامة مصادر أصلية ، والأحكام القضائية⁽¹⁾ والفقه الراجح مصادر مساعدة ، وقواعد الإنفاذ ، مصادر إحتياطية . وكان واضعي النظام يؤكدون عدم كفاية هذه المصادر لحل الخلافات الدولية ، من هذه الصياغة ، حيث حاولوا إمداد القاضي بكافة العناصر المساهمة في حل القضايا المعروضة أمامه ، بما في ذلك السلطة التقديرية في ظروف معينة .
 إذا كانت هذه المصادر غير كافية لحل النزاعات الدولية فمن باب أولى أنها لا تستطيع صياغة ونقل قواعد القانون الدولي الجديد ، القانون الذي يأخذ بعين الإعتبار مصالح جميع الدول كما يستقد البعض . حيث جاء على لسان القاضي الدولي السيد " فؤاد عمون " ، في رأيه الملحق بحكم محكمة العدل الدولية . في قضية " برشلونة تراكشن " ما يلي :⁽²⁾
 " يوجد اتجاه فقهي ملحوظ ، يعكس مظاهر الحياة الدولية الجديدة ، يذهب لصالح منح قرارات ، وبالصيغ توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة ، صفة المصدر . تضاف إلى المصادر المذكورة في المادة (38) من نظام المحكمة . " ويذكر القاضي السالف الذكر بعض أنصار هذا الإتجاه وهم السادة " محمد سامي عبد الحميد " و " لاس " و " فلاك " و " بيشوطلا " .
 والجدير بالملاحظة أن القاضي الجزائري السيد محمد بجاي ، يساند هذا الإتجاه . حيث يقول :⁽³⁾
 " لا تكفي المصادر التقليدية للقانون الدولي ، أي الصرف والمماهدة والمبادي العامة للقانون ... لتحقيق التحولات المطلوبة للقانون الدولي " ويدعو من

(1) - تشمل الأحكام القضائية أحكام المحاكم الدولية ومحاكم التحكيم ، طبقاً لعمل القضاة . أنظر على سبيل المثال أحكام المحكمة الدائمة في قضية سيليزيا العليا البولونية ، قضية جامعة المجر ، وانظر أحكام محكمة العدل الدولية في القضايا الآتية : فوسفاط المغرب ، برشلونة تراكشن .

(2) FOUAD Amman, op. cit. CIJ recueil, affaire Barcelon Traction (1972) p. 302.
 (3) محمد بجاي - من أجل نظام إقتصادي دولي جديد - المشار إليه ص 171/169 .

جهة أخرى ، إلى تدخل قرارات المنظمات الدولية إلى جانب المصادر التقليدية، وتلما لهذه الحقيقة ، فإننا نضيف تصرفات المنظمات الدولية إلى المصادر التقليدية . ونقوم بدراسة مكانة العرف، بالنسبة لها ، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول : العرف، والمعاهدة

تواجهنا نقطتان في هذا المطلب . أما الأولى ، فإنها تتعلق بمركز كل من العرف، والمعاهدة بالنسبة للآخر . وأما الثانية، فإنها تتعلق بالعلاقة بينهما، وذلك على الشكل الآتي :

الفرع الأول : مركز كل من العرف، والمعاهدة بالنسبة للآخر .

تتعلق هذه النقطة بترتيب المصادر بصورة عامة ، وبهذين المصدرين بصورة خاصة . ، إنه مشكل التدرج . فتمنى يطرح هذا المشكل .
 إن المادة (7) من الإتفاقية (12) من إتفاقيات لاهي لعام 1907 المتعلقة بإنشاء محكمة الضنائم ، اعتبرت التدرج بين المصادر مطروحا على بساط البحث منذ أول وهلة . ولذلك عمدت إلى نظام له ، بقولها (1)
 " ... فإن المحكمة تطبق هذه الإتفاقية ، وعند الإقتضا ، تطبق قواعد القانون الدولي (العرف) . فإذا لم تجد القواعد المعروفة ، تطبق المبادئ العامة للقانون وقواعد الإنصاف ."
 معنى هذا ، أن المادة المذكورة وضعت نظاما تدرجيا للمصادر . حيث وضعت الإتفاقية في المرتبة الأولى ، والعرف في المرتبة الثانية ، والمبادئ العامة للقانون في المرتبة الثالثة .
 إذا كان هذا هو وضع الإتفاقية السالفة الذكر . فما هو موقف المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية . ونظام المحكمة الدائمة للعدل الدولية السابقة ؟

(1) - نقلا عن : MATTESSO (N) , La coutume source de Droit international ; cit ; P: 290 .

ليس في المادة (38) ولا في مواد النظام ما يفيد التدرج . إذ أن كلمة "طبق" " *appliqué* " الواردة فيها ، لا توحى بذلك . وهذا ما استقر عليه الرأي الراجح في الفقه الدولي ومن بين الذين يقولون به ما يلي :

الأستاذ " شارل، هومون " والأستاذ " لويس لوفير " و "موريس بوركان " و " جورج سال " و " بورشار إيدوان " . وعلى حد تفسير هذا الأخير ، فإن تصنيف المادة (38) إنما هو تصنيف أكاديمي (1) .

وفي الحقيقة، فإن عبارة " في نظام تدرجي " كانت واردة في مشروع المادة، ولكنها حذفت باقتراح السيدين " *Recht* " و " *FRONAUÉOT* " أمام إحدى اللجان الفرعية ، من اللجنة الثالثة ، المكلفة بإعداد نظام المحكمة الدائمة سنة 1920 . وتم تبني هذا الاقتراح باعتباره مستمداً من فكرة تقضي بأن نشاط القاضي ، لا يبقى محصوراً في علاقات ضيقة ، وأنه يستعمل ما يراه مناسباً ، دون أن يهتم كثيراً بالقواعد المكتوبة (2) .

إذا كان هذا هو وضع المادة (38) من النظام ، فما هو موقف الفقه من مسألة التدرج ؟

يمكننا ملاحظة عدة اتجاهات فقهية . منها ما يقرر أسبقية الاتفاق على العرف . وهو الاتجاه الذي يناصره دعاة المدرسة الإرادية (3) ، لأنهم يمتدنون بأن التعبير الصريح يسبق التعبير الضمني (العرف) ، وحيثما وجد حكم إتفاقي ينبضي الرجوع إليه ، وإن وجد حكم عرفي .

بينما يرى آخرون ، بأن العرف هو الذي يحتل المرتبة الأولى ، نظراً لكون معظم قواعد القانون الدولي ذات أصل عرفي . ونظراً لكون القواعد الإتفاقيّة تخضع في حياتها وجوداً وعدمها ، للقواعد العرفية (4) .

بينما يوجد اتجاه ثالث ، يقرر المساواة بين مذهبين المصدرين ، نظراً

(1) - Bourquin (M) , Droit international de la paix , R.C.A.D.I. - 1931, I, p: 35 ; Bordeaux, Cadoret, 1932, p: 78.

(2) - Sorensen (M) , Les sources de droit international, cit , P: 236.

(3) - Voir BENAQ (G) , Les sources de droit international , J.C.D.I. - P: 130 cit , P: 10.11 .

(4) - أنظر محمد عزيز شكري - المدخل للقانون الدولي العام - القاهرة - دار الكتاب - 1968 - ص 54 . وعصام مائدة، رمضان - المساهمات غير المتكافئة - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1963 - ص 06 .

للفاعل والتأثير المتبادل بينهما . فالعرف يحدد حياة ومضمون القواعد الاتفاقية ، وتطبيق وتعدد هذه الأخيرة يمكن أن يولّد قواعد عرفية (1) .
وفي الحقيقة ، فإن قاعدة "الخاص يقيد العام" تنفذ في مواجهة الإتجاه الأول، ويقف الضموض الذي يتسم به العرف، في مواجهة الإتجاه الثاني . بينما يبدو الإتجاه الثالث هو الذي يوفق بين وضوح القاعدة الاتفاقية ، واتساع ميدان العرف على النحو الذي رأيناه . ولذلك نميل إلى السيد .
وبعبارة أخرى ، فإن العرف، والمعاهدة يقعان في مركز واحد . فإذا كانت المعاهدة تمتاز بالموضوع ، فإن العرف يمتاز بالمرونة . مما يجعلهما متساويين في الرتبة . وهذا يعني أن موضوع التدرج لا يطرح بالنسبة لهذين المصدرين ، بل يطرح العلاقة التي تربطهما بالقواعد الآمرة الدولية ، التي لها الأولوية على جميع المصادر الأخرى . وهو ما يشير إليه الأستاذ "فيردروس" عندما يتكلم عن بعض المباني التي لها صفة الإمتياز عن العرف والمعاهدة (2) .
إذا كان العرف يساوي المعاهدة ، فما الممثل حين يجد القاضي نفسه أمام مصدرين يختلف حكمهما في قضية واحدة (3) ، كما حدث فعلاً في قضية " *GREYLAND v. ORIENTAL* " . فعندما تطبق المحكمة العرف فإنها تحكم لصالح الدانمارك ، وعندما تطبق الأحكام الاتفاقية ، فإنها تحكم لصالح النرويج (4) .
ففي هذه الحالة بأي المصدرين يحكم ؟ ولماذا ؟
في هذه الحالة يبدو تدخل القواعد الآمرة الدولية أمراً ضرورياً . حيث يكون المصدر السلم والأكثر تطابقاً معها ، هو المصدر المطبق .
وبتعبير آخر ، فإن العرف، والمعاهدة يقعان في مركز واحد ، وأن القاضي يختار الدليل الأنسب للقضية المعروضة . وفي حالة تعارض حكميهما فإن الأمر يؤول إلى القواعد الآمرة ، فأيهما كان أكثر تطابقاً معها ، قام القاضي بتطبيقه .

(1) - *Sorensen (II)* , Les sources de droit international , cit , P. 239

et voir LE FUR La coutume et les principes Généraux de droit international source de droit international public, paris, R. Sirey, 1934, P: 370.

(2) - *sorensen (II)* , ibid , P : 244. 245 .

(3) - *HALLEA (E)* , quelques considérations sur la relation entre les principes généraux et la coutume , cit , P : 32 et *Sorensen* , ibid , P: 249.

(4) - لجأت المحكمة إلى العرف، فقضت لصالح الدانمارك ، راجع إلى مصنف الأحكام لسنة 1933 رقم 53 . ص 63 . وجاء في رأي القاضي "VOGT" إنه لو طبقت الاتفاقية فإنها تحكم لصالح النرويج - راجع نفس المصنف . ص 111 .

الفرع الثاني: العلاقة المتبادلة بين العرف والمعاهدة .

هناك عدة صور للعلاقة المتبادلة⁽¹⁾ بين العرف والمعاهدة، نذكر منها ما يلي :

1 - صورة العرف يكمل المعاهدة⁽²⁾ حيث يقدم العرف، الشواهد المناسبة لبعض الحالات الضرورية في الميادين التي لا توجد فيها قواعد اتفاقية ، أو تكون غير كافية . ومن الأمثلة على ذلك تطبيق قواعد الحصانات الدبلوماسية على تابعي المنظمات الدولية في حالة وجود إتفاقية لاتتحدد بدقة القواعد التي تطبق على هؤلاء .

2 - صورة المعاهدة تلغي أو تعدل العرف؛

تعدد المعاهدة إلى إنشاء مراكز قانونية بين أطرافها . وفي حالة وجود عرف مخالف، فإنه يتم تعديله أو النأؤه ، بؤمل الإرادة الصريحة المتجهة إلى إحداث قاعدة جديدة بين أطرافها . يبدو أن الإتجاه الذي يقول بهذه الفكرة ، ينطلق من قاعدة " اللاحق يلغى السابق " .

يضرب هؤلاء الأمثلة بتصرف فيينا لعام 1815 وتصرف بروكسال لعام 1890 اللذان ألفيا عرة الإتجار بالرقيق . وإعلان باريس المؤرخ في 16/04/1856 المتمثل بقانون الحرب البحرية ، الذي ألغى القرصنة⁽³⁾ .

3 - صورة العرف يعدل أو يلغى المعاهدة :

يحدث أحيانا أن يتوفر عمل مستمر ، تنتج عنه قاعدة عرفية ، في مواجهة قاعدة إتفاقية سابقة . حيث تسقط هذه الأخيرة في الإهمال " LA DESUETUDE " . ومن الأمثلة على ذلك ، القاعدة القاضية بأن غياب إحدى الدول صاحبة حق الإقتراض " الفيتو " عن التصويت ، لايمتبر إستمما لهذا الحق . وبالتالي لايسرقل مجاس الأمن لتبني قراراته . وهو ما يشكل تعديلا عرفيا للمادة (3/27) من ميثاق الأمم المتحدة⁽⁴⁾ .

(1) - تستعمل ثلاثة معايير عند التنازع : اللاحق يلغى السابق ، الخاص يقيد العام ، تطبيق القاعدة الأكثر وضوحا - راجع في ذلك :

- BONAR (C) , Les Sources de droit international, J.C.D.I. , 1960, PASC 130 cit , P:11.

(2) - DEYFUS (S) , Droit des relations internationales, PARIS , Cujas - 1981, P:104.

(3) - GIANNI (C) , Le coutume e Droit international, cit, P: 169 .

(4) - BENJEDDETTO (C) , Rôle de l'accord dans le système des nations unies (4) R.C.A.D.I. 1974 II , tome 142, 1974, AV Sittler (1974), P:211.

هذا ، وجدير بالذكر أن إمكانية تعديل الصيغة للأحكام الإتفاقية ، لم تذكر في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 . مع أن لجنة القانون الدولي كانت قد قبلتها آن تحضير مشروع الإتفاقية . ولعل سبب إبعادها ، هو محاولة إضافة نوع من الثبات على الأحكام الإتفاقية ، ولو من الناحية المكلية فقط . وأقد يكون المؤتمر يعتبر هذه الإمكانية من قبيل توصيل الحاصل ، ولذلك لم يخصص لها مادة معينة في الإتفاقية المذكورة .

لكن هل تخضع جميع المعاهدات لهذا التأثير ؟
في الحقيقة ، ينبغي التمييز بين المعاهدات العقدية و المعاهدات الثارة ، المعاهدات المتضمنة للقواعد الآمرة ، وغير المتضمنة لها . فإذا شمل النوعين الأول والثاني بدرجات متفاوتة ، فإن شموليته للصنف الثالث تبدو مستبعدة نظرا لعلاقتها بالنظام العام الدولي .

4 - صورة تحول القاعدة السرفية إلى قاعدة إتفاقية والعكس :

يرى البعض بأن هناك طريقتان لتحول وإلغاء السرفية (1) أما الإلغاء فقد رأينا (2) وبقلي أن ندرس تحول القاعدة السرفية إلى قاعدة مكتوبة . وعلى حد تعبير هؤلاء فإن هذا النوع يملأ العمل الدولي (3) . ويستدلون لذلك بتحول القاعدة السرفية القاضية بعدم سماح سلطان الدولة العثمانية ، للسفن الحربية الأجنبية ، بالدخول إلى مياه مضيقي " الدردنيل " و " والبوسفور " زمن السلم ، والتي أصبحت تشكل المادة الأولى من إتفاقية المضائق ، المؤرخة في 1856/03/30 . والتي تقضي بما يلي : (4)

" يعلن مهالي السلطان ، بأن له القرار الحازم ، في أن يتمسك في المستقبل بالمبدأ الثابت كقاعدة قديمة لأمبراطوريته ، الذي كان بمقتضاه ، يمنع دائما دخول السفن الحربية الأجنبية إلى مياه مضيقي الدردنيل والبوسفور . وأن مطالبه لا يقبل أية بارجة حربية أجنبية في المضيقين المذكورين ، ما دامت أبواب السلام مفتوحة ."

(1) - GIANNI (G) , Op- cit , P: 165 .

(2) - راجع الصفحة (76) الفقرة الثانية من هذا البحث .

(3) - GIANNI (G) , ibid , P: 165 .

(4) - GIANNI (G) , ibid , P: 166 .

هل يصني هذا التحول بأن القاعدة العرفية فقدت صفتها ، وانتقلت إلى صف القواعد الاتفاقية .⁽¹⁾ سنرجي* الإجابة عن هذا السؤال إلى الفصل القادم حين نتعرض للمسائل المتفرعة عن التدوين .

أما الوجه المماكس لهذا الطرح ، فإنه يتمثل في تحول القاعدة الاتفاقية إلى قاعدة عرفية ، وهو الاتجاه المقبول فقها وقضا* . وهو ما كرسته المادة (38) من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ، حيث يتم ذلك بطريق التكرار . ومسئ الأئثثة عليها القواعد العرفية المتعلقة بالتحكيم* التي ظهرت بفعل إبرام أكثر من (139) إتفاقية وأكثر من (154) شرطا للتحكيم⁽¹⁾ .

المطلب الثاني : العرف والمباني* العامة للقانون .

قبل دراسة العلاقة بين العرف والمباني* العامة للقانون ، لابد من تحديد ذاتية كل منهما . ولذلك نقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : التمييز بين العرف والمباني* العامة للقانون .

يُلبَس ، أحيانا ، على طلبة العلوم القانونية التمييز بين المباني* العامة للقانون و مباني* القانون الدولي . ولذلك فإننا نبدأ بتحديد معنى هذين المصطلحين .

يؤخذ من الإتجاه الراجح فقها وقضا*⁽²⁾ ، أن مصدر المباني* العامة للقانون ، هي الأنظمة القانونية الداخلية ، وأن مصدر مباني* القانون الدولي ، هو النظام القانوني الدولي . وعلى حد تفسير أحد الأئثثة فإن " مباني* قانون الشعوب ، هي قواعد مقبولة مباشرة من طرف العمل الدولي ، باعتبارها قانونا . في حين أن المباني* العامة للقانون ، تجد أصلها في اعتراض الدول بها ، في أنظمتها القانونية الداخلية ابتداء* ، وخاصة القانون المدني ."⁽³⁾

(1) - MATEUSCO (N) , Le coutume Source de Droit international, cit, P: 264

(2) - من الفقها* نذكر " سورينسون " و" لوفير " ومن الأحكام القضائية نذكر حكمي محكمة العدل الدولية في قضيتي "حق المرور" سنة 1960 و برشلونة تراكشن " راجع خاصة مصنفات الأحكام القضائية في القضيتين الصفحة 23 . و 19 وما بعدما وذلك على التوالي .

(3) - MALLEA (E) , On - cit , P: 09.

إن هذا التمييز صائب ، لأن المبادئ العامة للقانون ، غير متصلة إتصالا مباشرا بالميدان الدولي . وإنما لها علاقة بالقانون بصورة عامة . ومن الأمثلة عليها قواعد الإثبات أمام المحاكم ، وقاعدة الإثراء بالسبب .

أما مبادئ القانون الدولي ، فتتعلق مباشرة بالميدان الدولي ؛ كمبدأ حرية أعالي البحار و مبدأ المعاملة بالمثل .

بهذا التمييز السريع ، بين المبادئ العامة للقانون ومبادئ القانون الدولي ، نحرص لأوجه التفرقة بين العرف والمبادئ العامة للقانون ، حيث نجد بأن الأول يختلف عن الثاني في عدة نقاط . نذكر منها :

1 - من حيث النشوء ، نجد المبادئ العامة تنمى من التصرفات القانونية الداخلية ، تنتقل إلى المستوى الدولي عن طريق ما يسمى بالانتقال (1) " Transposition " . هي حين أن العرف يولد ابتداء في المسرح الدولي .

2 - من حيث الزمن كركن في التكوين . بينما يعتبر القدم والإستمرارية مطلوبين في القاعدة العرفية . فإن عنصر الزمن غير مطلوب في المبادئ العامة للقانون . وبعبارة أخرى ، فإن القاضي يتضح لتمر السوابق قبل تقرير قيام أو عدم قيام قاعدة عرفية ما . بينما لا يهتم بذلك في المبادئ العامة . إذ المهم أن يكون المبدأ موجودا آن دراسة المشكل (2)

3 - من حيث الإثبات . بينما يتم إثبات العرفية باستقراء العمل الدولي للتأكد من توافر أركانها ، فإن إثبات المبادئ العامة للقانون يتم بالدراسة المقارنة لمختلف الأنظمة القانونية الداخلية (3)

4 - يترط في المادة الأولية التي يتشكل منها العرف التتابع والتماثل ؛ أي أن يكون لها نفس المدلول . أما المبادئ العامة ، فلا يترط فيها ذلك ؛ بسبب خصوصية كل نظام داخلي ، ويقوم القاضي بالتنقيف من تلك الخصوصيات وتهديبها (4) .

(1) — MALLEA (E) , Op - cit ; P:67 .

(2) — MALLEA (E) , ibid , P:68 .

(3) — Borqui (M) , Op - cit , P: 73 et voir Sorensen (M) , les sources du Droit international , cit , P: 150 .

(4) — THIERRY (H) , Droit international public , cit , P: 133 .

وهكذا ، يباهر بجلاء الفرق بين المبادي العامة للقانون والعرفية . وهو ما يسمح لنا بدراسة العلاقة بينهما وذلك على الشكل الآتي .

الفرع الثاني : الصلابة بين العرفية والمبادي العامة للقانون .

ندرس هذه العلاقة من زاويتين . نتساءل في الأولى عن إمكانية تحول المبادي العامة إلى قواعد عرفية . ونتساءل في الثانية ، عن إمكانية تحول القاعدة العرفية إلى مبدأ عام .

الفقرة الأولى : هل يمكن لسبدا عام التحول إلى قاعدة عرفية .

إن المبادي العامة للقانون ، هي مبادي موجودة في الأنظمة القانونية الداخلية . فهل بإمكانها التحول إلى قاعدة عرفية ؟
يجيبنا أحد الأساتذة بما يلي : (1)

" إن المبدأ العام الأكثر استمالة في النظام الدولي ، ينبغي أن يتحول إلى قاعدة عرفية من تلقاها . "

واضح أن هذا الرأي يربط مسألة التحول بالإستعمال الكثير ، الذي يعتبر بدوره ركنا للقاعدة العرفية . وهو ما يعبر عنه الأستاذ " كوستيرز " عضو لجنة القانونيين الإستشارية المنكلفة بإعداد نظام المحكمة الدائمة سنة 1920 - بقوله : (2)

" هذا المبدأ العام ، الذي يوجد في القانون الداخلي ، لا يصبح قاعدة من قانون الشعوب إلا بمقتضى العرف ، الذي يتناول المبدأ المعني " .
إذا كان التحول ممكنا فكيف يتم .
يقول الأستاذ " باديفان " ما يلي : (3)

" إذا عرف مبدأ ما في المعاهدات أو التشريعات أو العمل الحكومي ، في المادة الدولية . فإنه يساعد في تكريس ذلك المبدأ ويقترح قاعدة عرفية . "

- THIERRY (H) , OP cit , P. 135 .

- (1)

- MALLEA (E) , Op - cit , P. 10 .

- (2)

- MALLEA (E) , Ibid , P. 1^e .

- (3)

وبعبارة أخرى، فإن المبادئ العامة للقانون، تتحول إلى قواعد عرفية عن طريق التقنية العادية لتكوين العرف. ويضيف نفس الأستاذ قائلاً:

"إنه صحيح بأن الأجهزة الداخلية للدول يمكن أن تعطي مبادئ قاعدة عرفية، وبأن التشريعات الداخلية يمكنها أن تكون أصل قاعدة عرفية؛ وأنه صحيح أيضاً أن المبادئ العامة تثبت بسهولة كقاعدة عرفية بدخولها النظام الدولي". وهذا عكس الاتجاه السوفياتي الذي يرى على لسان "تونكين" (1) بأن المبادئ العامة للقانون تجد أصلها في القانون الدولي، أي أنها تعني مبادئ القانون الدولي، وتنشأ وتتطور بالاتفاق والعرف، ويؤيده في ذلك كل من "لابراديل" و"فيزاللي" (2).

إن هذا الطرح لا يتناسب مع النتيجة التي توصلنا إليها عند التمييز بين المبادئ العامة للقانون ومبادئ القانون الدولي. ولذلك نستبعد ما كتبنا سابقاً، كما سبق، يمكن القول بتحول المبادئ العامة للقانون إلى قواعد عرفية؛ سواء كان ذلك عن طريق الانتقال "Transition" كما يرى "سورينسون" أو عن طريق الاستمارة "L'emprunt" كما يرى "لوفير" (3)؛ على أن يتم ذلك بعد التخفيف من خصوصيات كل نظام داخلي بفشل تدخل القاضي؛ وأن تتدخل الأجهزة المختصة بالعلاقات الدولية باتباعها مع توفر إحساس الدول بالزاميتها. فتمت يتوفر الإحساس بالإلزامية في هذا النوع من القواعد. وبعبارة أخرى هل تتمتع المبادئ العامة للقانون بالقوة الإلزامية قبل استقرار تحولها إلى قاعدة عرفية.

يذهب نفر من الكتاب إلى تمتع المبادئ العامة للقانون بالقوة الإلزامية؛ بل أن البعض لا يميز بينها وبين العرف (4). بينما يذهب آخرون إلى القول بأن العرف هو مصدر المبادئ العامة للقانون كما رأينا أعلاه.

(1) - ج ٩٠ - تونكين - القانون الدولي العام - ترجمة أحمد رضا - مراجعة :

عز الدين فودة - الهيئة المصرية للكتاب - 1972 - ص 153 .

(2) - NALLA (E) , OP-CIT, P:5. 13. 15.

(3) - Le FUR (L), Le Coutume et les principes Généraux de Droit, CIT,

(4) - منهم الأستاذ "جاني قريغوار" الذي يسمي المبدأين: المبدأين للتعاقب
بالعرف بالمعنى الواسع . والعرف بالعرف بالمعنى الضيق . ويستقد بأن

الافتراق بينهما إنما هو اختلاف في النوع وليس في الجنس - للإطلاع على ذلك

راجع رسالته المشار إليها سابقاً . ص 118 . 120 . 135 .

إن السؤال الذي يواجهه هؤلاء جميعاً يتمثل في ماهية السبب الذي جعل نظام محكمة العدل الدولية يذكر المبادئ العامة للقانون في فقرة منفصلة (1/38 ج) عن العرف (1/38 ب) ؟

إن الأمر الذي يستدعي الوقوف عنده ، هو عدم وجود موقف واضحة وصريحة فيما يتعلق بالزامية المبادئ العامة للقانون - فيما تفرضت له بالدراسة - لدى الذين يميزون بينها وبين العرف ، على أن هناك إشارات تقرب المبادئ العامة من القواعد المكتملة (1) ، أو الأدوات المساعدة في تفسير وتحديد الأحكام الاتفاقية ، أو تصفها بالطبيعة المثالية والمطلقة (2) . وهذا ما يسمح بالاستنتاج الآتي :

إن المبادئ العامة للقانون لا تتمتع بقوة الزامية واضحة ، بحيث يسمح للعمل الدولي بحقلها في شكل يتلاءم مع متطلبات العلاقات الدولية ، والقانون الدولي بشكل خاص . ولذلك يشترط فيها لكي تتحول إلى قاعدة عرفية تتمتع بالركن المنهني .

الفقرة الثانية : هل يمكن للعرف أن يتحول إلى مبدأ عام ؟

سنتبع خطة التمييز بين الأعراف العامة والأعراف الإقليمية ، في هذه الفقرة ، وذلك على النحو الآتي :

1 - الأعراف العامة :

إن هذا الموضوع حديث الطرح على بساط البحث ولذلك ينبغي التمييز بين :

أ - أثر القاعدة العرفية على الأنظمة القانونية الداخلية ، حيث يشكل ذلك تكريساً لها وتدعيماً لحقيقتها كقاعدة قانونية ، وبين أثر المنصر المنهني بالنسبة للقاعدة العرفية التي تتكون طبقاً للضرورة الحديثة - أين سبق الركن المادي الركن المنهني في الوجود (3) - على الأنظمة القانونية الداخلية . حيث يمكن لهذه الآثار أن تتحول إلى مبدأ عام ، باعتراف معاهدة أنظمة قانونية به ، ولكن ينبغي أن يحدث ذلك قبل أن يتتبع ما يسمى

Thiercy (H), OP-CIT ; P.131 - (1)

Le Fur (L), OP-CIT , P. 372 - (2)

Devischer (GH), Les effectivités du droit International Public OP CIT , P. 71 . - (3)

بالوجود القانوني للقاعدة العرفية . أي قبل توفر الركن المادي ، طبقا
للضرورة المستحدثة للأعراف الموجهة . وهذا لا يعتبر تحولا لقاعدة عرفية إلى
مبدأ عام .

ب- تطبيق الأعراف العامة ، وأثر هذه التطبيقات على الأنظمة القانونية
الداخلية . فالتطبيق تختص به أجهزة العلاقات الدولية ، بصورة أساسية .
أما أثر الأعراف فيبدو واضحا في الأجهزة غير المختصة بالعلاقات الدولية .
(الجهازين التشريعي والقضائي) .

إنطلاقا من هتين الملاحظاتين نتوصل إلى عدم إمكانية تحول قاعدة عرفية إلى
مبدأ عام . وإذا ما وجد عرف عام تم تكريسه في الأنظمة القانونية الداخلية
ثم فقد العنصر المعنوي ، أو سقط في الإهمال ، أو تم إلغاؤه بمعاهدة لاحقة
أو بمعرف لاحق . فإن تلك الآثار لا تصمد . ولنضرب لذلك مثلا بقاعدة الثلاثة
أميال كحد للمياه الإقليمية ، والتي كانت قد كرستها الأنظمة القانونية
الداخلية لكثير من الدول . فبعد إبرام اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي سنة
1958 واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار سنة 1982 ، تم تعديلها إلى
حدود الإثني عشرة ميلا . فهل يمكن القول بوجود مبدأ عام يقضي بثلاثة أميال ؟

2 - الأعراف الإقليمية :

تبعا للنتيجة التي توصلنا إليها في الفرع الأول من هذا المطلب ، المتمثلة
في إمكانية تحول المبادئ العامة إلى قواعد عرفية . فإننا نستطيع القول
بإمكانية حدوث ذلك على المستوى الإقليمي منطوقيا . لكن هل يصح الطرح
العكسي للقضية ؟ أي هل يمكن تحول قاعدة عرفية إقليمية إلى مبدأ عام ؟
قبل الإجابة عن هذا السؤال لابد من إبداء الملاحظات الآتية :

- 1 - إذا كان ظهور قواعد عرفية في منطقة معينة ، أو لعدد محدود من الدول (1) ،
على أثر تحقق الشروط الضرورية لذلك ، يمكننا .
- 2 - وإذا أمكن للأجهزة التشريعية للعديد من الدول - بما في ذلك الدول
الواقعة خارج دائرة الدول المرتبطة بهذه الأعراف - تبني هذه
القواعد العرفية الإقليمية .
- 3 - فإنه يمكن تحول الأعراف الإقليمية إلى مبدأ عام ، بوجود التوافق بين
الأنظمة القانونية الداخلية للدول . وتكون هذه المبادئ في مرحلة
ما قبل العرف ، ولا ينفصها سوى الإحساس بالإلزامية ، لتصبح قاعدة عامة
فإذا وجد عرف إقليمي في إفريقيا يقضي باحترام الحدود الموروثة عند
الاستقلال (وهو الواقع) ، ثم قامت برلمانات إفريقيا بالتركيز عليها
في علاقاتها مع برلمانات الدول الأخرى ، حتى تم قبولها ، وإيراد بنود
خاصة بها في تشريعات هذه الأخيرة . فإنها تتحول إلى مبدأ عام . ريثما
تتوفر لها الظروف لتصبح قاعدة عرفية عامة .

المطلب الثالث : العرف والقضا .

تحدد العلاقة بين العرف والقضا في صورتين : الأولى يكون فيها القضا
مطبوقا للعرف ، والثانية يكون فيها مساهما في تكوين القاعدة العرفية . ذلك
ما سنتعرض له في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : القضا كمطبق للعرف .

إن المهمة الأساسية للقضا هي الفصل في المنازعات الدولية ، طبقا للقانون
الدولي العام وانطلاقا من المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية . ولقد جاء
في حكم المحكمة التحكيمية الأنجلو أمريكية سنة 1923⁽²⁾ ما يلي :

(1) - راجع ذلك الصفحة (65) وما بعدها من هذا البحث .

(2) - في نصه .

"ان مهمة القضاة هي الفصل في المنازعات، بالاعتماد على الأحكام الصريحة أو المباني العامة عند الإقتضاء" (1) ،

لو أردنا تفسير هذا المقطع، لوجدناه يتضمن مدلول المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية . حيث تستند المحكمة على الأحكام الصريحة (المعاهدات) والأحكام غير الصريحة (العرف، والمباني العامة للقانون) .

والملاحظ أن سلطة القاضي التقديرية تكون مقيدة في الصنف الأول، نظرا لراحة الأحكام . وتكون حرة في الصنف الثاني، نظرا لعمومية قواعده . وبعبارة أخرى، فإن دور القاضي في الصنف الأول يكون شبه آلي، حيث يطبق ما هو موجود . أما في الصنف الثاني، فإن التطبيق الآلي يكون أقل احتمالا، بمعنى أن تطبيق العرف بهذه الطريقة غير مستبعد، ولكنه ليس الغالب في علاقة القاضي بالعرف .

إذا استعرضنا نشاط المحاكم، فإننا نجد مجال التطبيق الآلي ضئيلا . وهكذا يمكننا أن نشير إلى حكم المحكمة الدائمة في قضية " وانبليدون " الذي أعلنت فيه بأن قناة " كييل " هي قناة دولية تخضع لحرية المرور دون الإخلال بحياة ألمانيا . وفي قضية " مافروماتيس " أشارت المحكمة قواعد تفسير المعاهدات وطبقته (2) . ومن عمل محكمة العدل الدولية نذكر القضايا الآتية :

حق الملجأ (1950) ، الجرف القاري (1969) ، الاختصاص في مادة المصائد (1974) حيث طبقت قاعدة نسبية آثار المعاهدات . وفي رأيها الاستثنائي، حول تفسير معاهدة السلام بين الطغاف وبلغاريا والمجر ورومانيا في 18/07/1950، طبقت قواعد تفسير المعاهدات (4) . فما سبب هذا الإنحصار ؟

Rousseau (CH), Principes de Droit International Public, R.C.A.D.I. 1958. I (1) T: 93, Leide AM SIJTHOF 1958, P: 383 .

SORFENSEN (M), Principes de Droit International Public, C.I.T, P: 96-98 (2)

CIJ, Recueil des Arrêts, a l'air de droit de passage, p.274, 277 et (3) Affaire du plateau continental 1969. EISEMANN (P.M.), petit manuel de la jurisprudence de la C.I.J., 3^e EDITION 1980, Cit, PAGE 137 et affaire des Pêcheries 1974, EISEMANN (PM), IBED, 151

-CIJ, recueil des arrêts, 1950, P: 227 228 (4)

يلعود السبب في ذلك إلى عنصرين :

- 1 - طبيعة العرف، التي تتسم بالمرونة والضموض، وهو ما يشكل المادة الخصبية لقيام الجدل حتى حول وجوده، ناهيك عن تفسيره وتطبيقه على الحالة المعروضة.
 - 2 - طبيعة مهمة وهدف القاضي. فمهمته تتسم بالوعة والشمول، حيث أسندت إليه المادة (36) من نظام محكمة العدل الدولية، جميع المسائل ذات الطبيعة القانونية. أما هدفه فيتمثل في إيجاد الحلول للقضايا المعروضة أمامه. وأمام هذا الموقف، فإنه يلجأ إلى التفسير أحيانا، ويميل إلى الإنشاء أحيانا أخرى. وفي ذلك يقول أحد الكتاب: (1)
- عندما تعرض حالة واقعية على القاضي، فإنه يحاول الفصل فيها، ولا يهتم أن يكون أساس حكمه قاعدة قانونية، أو اعتبارات حرة. إنه لا يقصد سوى العلاقات القانونية بين الأطراف المتنازعة.
- إن نشاطه ينصب على هذه العلاقات، وليس على صياغة قاعدة تطبق في المستقبل. وغاية القول أن دور القاضي في حالة التطبيق تكون شبه آلي. حيث يستند على القاعدة المناسبة دون إحداث تغيير فيها. أي أنه يأخذها على علتها.
- لكن هل تسمح خصوصيات العرف بهذا التطبيق؟ وكيف يوفق القاضي بين غموض العرف ومرونته وهذه الآلية؟ كيف يوفق بين عمومية القاعدة العرفية وخصوصية الحالة المعروضة؟
- تحيلنا هذه الأسئلة إلى دراسة الإجتهد القضائي باعتباره طريقة يماهم بها القاضي في تكوين القواعد العرفية.

(1) - SOREENSEN (H), Les sources de Droit international, cit, P:156.

الفرع الثاني : القضاء كسأهم في بلورة القواعد العرفية .

يذهب الأستاذ " شارل دو فيشر " إلى أن المعاكم لا تفرخ أحكامها (على الغير) باعتبارها قرارات ، ولكن باعتبارها أعرافاً ، عندما تتأكد بطريقة مستمرة وكافية . ولذلك ينبغي أن لا ننظر إلى القضاء الدولي كمصدر مستقل للقانون الدولي بممزل عن العرف (1) . ويؤكد الأستاذ " كويلماناس " دور القاضي الهام في تكوين القانون العرفي بقوله : (2)

" إن القضاء منشي للعرف في غاية الجودة " ويمثل الأستاذ " سورينسون " ذلك بالأسباب الآتية : (3)

- 1 - الطبيعة اللامركزية لتكوين العرف ، وما تثيره من الشك وعدم التحديد . وما يترتب على ذلك من حرية تقدير القاضي .
- 2 - نسبة آثار الأحكام ، ذلك أن القاضي وإن لم ينشي القاعدة عن طريق حكمه ، فإنه يقترحها للوجود (4) .

ما لا شك فيه أن القاضي يتمتع بهذا الدور الحاسم . لكن كيف يتم ذلك ؟ لا يمكن الحديث عن دور القضاء المنشي للعرف إلا من خلال تمتع القاضي بالسلطة التقديرية في تكييف وتمييز واستعمال الحثيات . خاصة عندما يجد نفسه أمام قواعد عامة أو غامضة أو غير كاملة أو غير مستقرة . ففي هذه الحالات يجد القاضي نفسه مائلاً إلى الخلط بين تطبيق القانون وإنشائه . الأمر الذي يسميه البعض بالمزج بين القانون والنظام التشريعي الأمثل (5) . ويظن بخصومة الحال تتوفر تلك الصفات في العرف . ولذلك يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة ، مما أدى إلى وضعه في مركز " المفتي " Prêtre (6) ولقد علق المندوب الفرنسي إلى مؤتمر فيينا سنة 1969 بشأن إبرام اتفاقية قانون الفعاهدات ، على ذلك بقوله :

(1) - SOREENSEN (P) , Les Sources de DROIT international , cit , P: 153 .

(2) - voir SOREENSEN (M) , *ibid* , P: 153 .

(3) - voir SOREENSEN (M) , *ibid* , P: 154 .

(4) - DEHAUSSY (J) , Travaux de la commission de droit international des Nations unies , A.F.D.I 1956 ; PARIS , C.N.R.S , 1957 ; P: 592 .

(5) - QUADRI (R) , Cours général de droit international public , cit , P: 133 .

(6) - EDWIN (B) , La théorie et les sources de Droit international , Traduit par Mr BIAUJEAUD , PARIS Recueil Sirey 1934 (incl. Ouvrage CEMY , 1934) page : 357 .

" إن غموض النصوص يترك للقاضي - أيا كان - حرية واسعة للملاحظة حتى يصبح مشرعاً دولياً حقيقياً . " (1) . ولكن المحكمة ردت على هذا الزعم في قضية الإختصاص في مادة المصادد سنة 1974 حيث قالت : (2)

" ... وأن دورها ليس إعلان القانون قبل أن يتم وضعه من طرف المشرع (أعضاء المجتمع الدولي) " . معنى هذا أنه ينبغي عدم التطرف في السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي . لأنها تبقى دائماً ضيقة النطاق . لما سبق ولما يأتي من أسباب :

- 1 - إن القاضي لا يمارس إختصاصه في المادة إلا بطلب الأطراف المتنازعة .
- 2 - إن عجية الأحكام نسبية طبقاً للمادة (59) من النظام التي تنص على أن أحكام المحكمة ليست ملزمة إلا لأطراف النزاع ، وهي الحالة المفروضة فقط .
- 3 - لو تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتمكن من صياغة نظرية للعرف . لكن ولأسباب السابقة . فإنه لم يستخرجها ، كما يؤكد الأستاذ " شارل دوفيشير (3) " إذ أن ما هو دور القاضي المساهم في إرساء القواعد العرفية ؛ أو بالأحرى ، ماهي النماذج التي يساهم بها القاضي في تكوين العرف . ذلك ما سنتعرض له حالاً .

الفرع الثالث : طرق مساهمة القاضي في بلورة العرف .

نقسم هذا الفرع إلى فئتين . نتعرض في الأولى لطرق تدخل القاضي ، وفي الثانية ندرس بعض الأمثلة من عمل القضاة .

الفقرة الأولى : طرق تدخل القاضي في بلورة العرف .

- هناك طريقتان يساهم بهما القاضي في إثراء العرف : الإستنتاج والصيغة .
- 1 - استنتاج العرف ؛

يقوم بهذه المهمة عن طريق البحوث التي يقدمها القاضي للمحكم على وجود قاعدة عرفية معينة . حيث يقوم بدراسة توافر أركانها ، خاصة الركن المسنوي ؛ الذي يضيء على السوابق صفة القاعدة القانونية . وهو ما يشير صعوبات كبيرة (4) .

(1) - voir CHAUMONT (de) , Cours général de droit international , cit , P : 373 .

(2) - FISERMAN (FN) et col. Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ , 3^e édition ? paris pédone 1970 , P : 151 .

(3) - voir THIERRY (H) , OP - cit , P : 107 .

(4) - حامد سلطان - القانون الدولي العام في وقت السلم - المعارف ، ص 39

وانظر كذلك : THIERRY (H) , *ibid* , P : 115 .

وهكذا ظهرت عدة أحكام تتناول شروط الركن المادي : الإستمرار ، التماثل
القديم... الخ. كما وجدت أحكام أخرى تستبعد وجود قاعدة عرفية لانعدام الركن
المعنوي . ويتعلق هذا الموضوع بالإثبات . الذي نفرز له بندا خاصا في مكان لاحق⁽¹⁾ .

2 - صياغة وتكوين العرف :

يقول الأستاذ " سورينسون " : " لا يقتصر الدور الخلق (للقاضي) على تنفيذ
القاعدة المجردة ، ولكن تفسير ونقص القواعد المجردة ، يجهلان القاضي في موقع
لا يجد فيه قاعدة يطبقها على الحالة المعروضة ، مما يدفعه للبحث في مكان آخر
عن الأسس الضرورية لقراره⁽²⁾ ، أو حكمه " وفي هذه الحالة يستطيع الإستعانة
بالسوابق القضائية ، وبالتكرار يكون الطريق ممهدا لتكوين قاعدة عرفية فسي
المستقبل⁽³⁾ .

الملاحظ أن القاضي ينقاد في حينها ، إلى صياغة مجردة للقاعدة المعنية ، وهذا
ما يثير عدة انعكاسات ، حيث يمكن لأشخاص القانون الدولي العودة إليها . وهكذا
حتى تتصل الصياغة " المقترحة " على القبول العام . والملاحظ كذلك ، أن
الصياغة المجردة أكثر تحوز على قبول أكبر ، كما يمتد البعض⁽⁴⁾ . وهو الصحيح
لأن مثل هذه الصياغة تمتاز بالمرونة ، بحيث ترى الدول بأنها تخدم مصالحها ،
بما يدفعها إلى التمسك بها أو الإعتراض بها .
لكن هذه الصياغة العامة والمجردة ، تحتاج مرة أخرى لتدخل القاضي عند
التطبيق . وهكذا يساهم في تكوين العرف عن طريق السوابق .

الفقرة الثانية : أمثلة من عمل القضاء

إن هذا الحيز الصغير لا يكفي للتغصن في الموضوع ، ولذلك فإننا لانتكلم
عن نشاط معاكم التحكيم . ونكتفي بالإشارة إلى بعض النماذج من عمل المحكمة
الدائمة للعدل الدولية ومحكمة العدل الدولية .

(1) - راجع في ذلك الصفحة (121) من هذا البحث .

(2) - SORENSON (K) , Les Sources de droit international , cit , P: 155 .

(3) - ROUSSEAU (c) , Principes de droit international public , cit , P: 477 .
et voir EDWIN (B) , Op - cit , P: 350 .

(4) - THIERRY (H) , Op - cit , P : 116 .

1 - المحكمة الدائمة للعدل الدولية :

رغم أن المادة (1/38) جعلت الأحكام القضائية ، سواء كانت صادرة من المحاكم الدولية أو محاكم التحكيم ، وسائل مساعدة للقراري . فإننا نجد المحكمة الدائمة اعتمدت على سوابقها . وترتب على ذلك ظهور قواعد عرفية . وهكذا عمدت منذ البداية إلى إثبات اختصاصها قبل دراسة القضية المعروضة أمامها من الناحية الموضوعية . والملاحظ أن محكمة العدل الدولية التزمت بهذه القاعدة . كما يؤخذ من عمل المحكمة تساوي الأحكام القضائية والآراء الاستشارية من حيث الاعتماد عليها في حيثياتها (1) .

إن هذه المساواة ، هي التي تبرر اعتماد المحكمة على آرائها الاستشارية في إصدار أحكامها (قضية سيليزيا العليا البولونية مثلا) وهو ما استمر العمل به على صعيد المحكمة الجديدة .

إن اعتماد المحكمة الدائمة على سوابقها ، تفيد قيام قاعدة عرفية مفادها أن أحكامها لا تتناقض . ولذلك نجدها توضح مواطن الاختلاف في القضايا التي تبدو متشابهة ، والتي تأخذ أحكاما مختلفة . وهكذا نجدها تعلن في قضية " Chorlow " بأن " الحكم رقم (15) لا يمكن أن يذكر لتدعيم تفسير حكم اتفاقي بالمعنى الضيق " (2) .

إن هذه الثقة في النفس جعلت المحكمة تعلن في الكثير من القضايا عبارة " طبقا للسوابق الثابتة " لتعلن حكمها أو رأيها في الموضوع . وهكذا ظهرت قاعدة " حرية الأطراف في تعديل غلماصتهم حتى أثناء الإجراء الدفري " وقاعدة " إنتهاج أجل تقديم الوثائق الجديدة بانتهاء الإجراء الكتابي (3) " هذا ، وقامت المحكمة الدائمة بتكريس وتوضيح قواعد عرفية أخرى ، نذكر منها إعطاء المرتبة الثانية للأعمال التحضيرية ؛ للإطلاع على نية الأطراف المتعاقدة ؛ في تفسير المعاهدات . كما فقلت في عدة قضايا بينها قضيتي " موسول " و " ما فروماتيس " .

(1) — SORENSEN (M) , Les Sources de Droit international , cit ,

— page : 166 — 169 .
(2) — SORENSEN (M) , ibid , P: 167 .

(3) — SORENSEN (M) , ibid , P: 172 .

كما قدمت خدمة كبيرة لصالح نظرية العرف، خاصة في حكمها الصادر في قضية لوتيس " حيث تكلمت عن دور الإمتناع في تكوين القاعدة العرفية . وقالت بأنه يمكن أن يساهم في التكوين إذا كان متأتاً من الإحساس باللزامية الإمتناع . الملاحظ أن القواعد التي ساهمت في بلورتها تبدو قليلة الأهمية ، بالمقارنة مع وضع القانون الدولي الحالي . لكن هذا لا ينفي دورها الإنشائي ، الذي أعطينا لمحة عنه . فهل للتطورات الكمية والكيفية التي عرفها المجتمع الدولي ، في المرحلة اللاحقة للحرب العالمية الثانية ، تأثير على غلبتها .

2 - محكمة العدل الدولية :

بعد تجربة المحكمة الدائمة ، تأكد الدور الإنشائي لمحكمة العدل الدولية حيث دخلت ، في الفترة اللاحقة للحرب العالمية الثانية ، ما يمكن أن نسميه بمرحلة تطوير القانون الدولي . وبعبارة أخرى ، فإن مهمة التطوير لم تمد قاصرة على عملية التدوين كما سنرى - وإنما شاركت فيه المحكمة بصورة عملية وفي وقت مبكر ، بالنظر إلى النتائج التجديدية التي جاءت على أثر التدوين . إن أول عمل قضائي يثير الإهتمام ، هو الرأي الاستشاري المتعلق بقضية " الكونت بيرنادوت " الصادر في 11/04/1949 . حيث أعلنت فيه وجود الحماية الوظيفية ، التي تقوم على أساس التبعية الوظيفية ، وليس على أساس الجنسية كما كان معروفاً في الحماية الدبلوماسية . وهذا يعتبر تجديداً واضحاً في قواعد القانون الدولي المعاصر .

لم يقتصر دور المحكمة في هذا الرأي على ذلك ، وإنما خطا خطوة أكثر إيجابية ، فيما يخص الشخصية الدولية للمنظمات الدولية . حيث تم الإعتراف للمنظمات الدولية بالشخصية الوظيفية . وترتب على ذلك تمتع المنظمة بحقوق المطالبة بالتعويض . وبذلك وضعت (المحكمة) حداً للخلاف الفقهي حول هذا الموضوع ، مما فتح المجال أمام الباحثين لدراسة الشخصية القانونية للكيانات الأخرى التي يصرفها المسرح الدولي وذلك على النحو الذي رأيناه في الفصل الأول .

أما في رأيها الإستعماري الصادر في 1951/05/28 المتعلق بالوثاية من جرائم الإبادة • فقد تناولت موضوعاً شائكاً يتمثل في " التحفظ على الماهدات متعددة الأطراف " واعتبرته غير مقبول إذا كان لايتلاءم مع موضوع ومدى الإتفاقية (1) . إن هذه النتيجة تعتبر تعديلاً واضحاً للقاعدة التقليدية ، التي تعتبر التحفظ عملاً سيادياً ، تتمتع الدول بكامل السيادة والحرية في إبدائه • ولقد استندت المحكمة على عدة حجج نذكر منها : نظرية وحدة المعاهدة متعددة الأطراف ، حيث قالت على الخصوص :

"... ولا يمكن لمتعاقد هدم هدف وسبب وجود المعاهدة ... بهذا المفهوم يرتبط مفهوم وحدة الإتفاقية ... " (2) . كما استندت إلى المقاصد الإنسانية للإتفاقية (3) .

رغم أننا نجد - في بداية هذا الرأي - إشارة مفادها أن المحكمة بتجيب فقط على التحفظ حول هذه الإتفاقية (منع الإبادة) • فإن العمل الدولي ، وخاصة لجنة القانون الدولي ، أخذت هذا الرأي بمين الإعتبار • ونجده بشكل المادة (19) من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 •

إذا انتقلنا إلى الأحكام القضائية ، فإننا نذكر في البداية حكمها في قضية المصائد بين النرويج وبريطانيا في 1951/12/18 • حيث عرفت البحريّ الإقليمي باعتبارها جزءاً من الماء لاحت باليابسة ، وحددت قواعد تعيينه (4) . وهكذا قالت بأن خط الأساس يتحدد بجزر البحر وليس بمدّه أو بمعدل المد والجزر • ويتم تحديده ، طبقاً لحكم المحكمة ، باتباع قاعدة الخطوط الموازية للساحل ، أو عن طريق الخطوط المستقيمة ، أو عن طريق خطوط التماس المنحنية " la courbe tangente " . وهذا ما تم إيرادها في المادتين (3 و 4) من إتفاقية جنيف المتعلقة بالبحر الإقليمي والمنطقة المتاخمة لعام 1958 • وأعيد تكريسه في المادتين (7 و5) من إتفاقية قانون البحار لعام 1982 •

(1) - CIJ ; Recueil des arrêts et avis consultatifs, 1951, P. 26 .

(2) - CIJ ; Recueil des arrêts et avis consultatifs, 1951, P. 21 .

(3) - CIJ ; Recueil, *ibid*, P. 23 .

(4) - CIJ ; *ibid*, P. 128 - 129 .

و في قضية حق المرور بين الهند والبرتغال بتاريخ 12/04/1960 ، ميزت المحكمة بوضوح بين المرور المدني والمرور العسكري ، فقررت وجود قاعدة عرفية فيما يخص الأول ، وعدم وجود قاعدة المرور العسكري ، كما قدمت خدمة لا يستهان بها لصالح نظرية العرفية ، حين قررت بأن العمل المستمر بين دولتين باعتباره مقبولاً لتسيير علاقاتهما على أساس ملزم ، يشكل قاعدة عرفية ، واستغربت الإلحاح بتعدد الدول كشرط لقيام القاعدة العرفية (1) .

وفي قضية الجرف القاري لبحر الشمال بين ألمانيا من جهة ، والدانمارك والبلدان المنخفضة من جهة ثانية ، أعلنت في حكمها بتاريخ 20/02/1969 بأن مرور فترة قصيرة من الزمن على التصرف لا يشكل عائقاً في ذاته لقيام قاعدة عرفية (2) . وهو ما يعدل القاعدة التقليدية التي كانت تتطلب التقدم في التصرف . هذا وقد طبقت مبدأ الإنصاف لضمان حسن تطبيق الأبعاد المتساوية في تحديد البحر الإقليمي ، للوصول إلى نتيجة معقولة على حد تعبيرها ، كما وضعت " مشروع قاعدة عرفية " تقضي بأن الجرف القاري لكل دولة يتكون من الإمتداد الطبيعي لإقليمها ، وينبغي أن لا يعتمد على ما هو إمتداد طبيعي لدولة أخرى (3) .

كانت تلك بعض العينات من الدور الإنشائي للقضاة في مادة العرفية ، وأوردناها على عجل ، لأن المقام لا يتسع للنهوض بالدراسة التفصيلية .

- CIJ , Recueil des arrêts 1960 , P : 39 . = (1)

- EISEMANN (PE) et col. Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ - (2)
3° édition cit , P: 139 .

- EISEMANN (PE) et col , ibid , P: 140 . - (3)

المطلب الرابع : العرف وتصرفات المنظمات الدولية .

(1)

يمكن تصور دور المنظمات الدولية في خدمة القانون الدولي من زاويتين :
في الأولى تكون كاشفة ، وفي الثانية منثثة للقواعد العرفية . ولكن ذلك كله يقتضي دراسة الشروط الضرورية في التصرفات ليتسنى له القيام بهذه المهمة .

الفرع الأول : التصرفات الكاشفة عن الأعراف الدولية .

يفترض هذا النوع من التصرفات وجود تصرفات، أو أعمال سابقة ، فتأتي لتكشف عنها في مرحلة لاحقة . ويضرب الإتجاه المؤيد لهذا الطرح المثال بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في 1946/12/11 ، الذي كشف عن قرار جمعية المصبة الصادر في 1927/09/24 ، الذي يصف حرب الإعتداء * بأنها جريمة دولية ، مع أن اتفاقيات لاهاي لعامي 1899 و 1907 وتصرف باريس لعام 1928 لم تضاف عليه هذه البقعة . وطبقا للقاعدة العامة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " فإنه يتمذر على الحلفاء * معاقبة " مجرمي الحرب العالمية الثانية .

لقد تأكد ما جاء في قرار جمعية المصبة ، بإعلان لندن في 1945/08/08 وقرار الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة السالذ الذكر ، من حيث النص ومن حيث الدول المصوتة ، خاصة وأن عدد الدول التي أصبحت تشكل المجموعة الدولية قد ازداد . وبالتالي فإن القرار المعني أصبح يتمتع بسمعة عالمية . وبناء على ذلك يصل الأستاذ " جيرو " إلى القول :

" وللغلاصة نقول بأن القرار المؤرخ في 1946/12/11 يشكل اعترافا بالقيمة العالمية لمباني * " نورنبورغ " كمباني * عرفية " (2) .

هذا وكشفت تصرفات منظمة الأمم المتحدة عن مبدأ " حق الشعوب في تقرير المصير . هذا المبدأ الذي يقول عنه بعض الباحثين بأنه وجد أثناء الحرب التحريرية الأمريكية (3) ، مع أننا نستقد بأن الإسلام هو الأول إلى ذلك وإنطلاقا من مقصده الأساسي الذي يسمى إلى إقامة العدل ونبذ الظلم، والحماية على الشعوب .

(1) -- GIRAUD (E) , Droit international public et Politique , cit , P : 738 .

(2) -- GIRAUD (E) , idic , P : 743 .

(3) -- AMMOUN (F) , Op -diss, CIJ Recueil des arrêts et avis consultatifs , affaire Barcelona Traction ; 1970 P: 311 .

وعلى أية حال فإن المبدئ شاع قبل صدور القرار 1514 سنة 1960 .
 إنطلاقاً من هذا التطويل نصل إلى القول بأن تصرفات المنظمات الدولية ، لاكتشف
 فقط عن تصرفاتها ، ولكن تكشف كذلك ، عن تصرفات أشخاص القانون الدولي ككّن .
 أي أنها لاكتشف فقط عن القواعد العرفية التي ساهمت في بلورتها ، وإنما تكشف
 كذلك القواعد التي ساهم الأشخاص الآخرون في إرسائها .

الفرع الثاني : التصرفات المنشئة للأعراف الدولية .

على عكس التصرفات السابقة ، هناك تصرفات أخرى لها طبيعة إنشائية للقواعد
 العرفية . لكن كيف يتم ذلك ؟

تقوم هذه التصرفات بتقديم ما يشبه إقتراح قاعدة عرفية معينة ، يتوفر
 الركن المعنوي لها . ويبقى تأكيد العمل لقدرة هذه القرارات على التحول
 إلى قواعد عرفية (1) ، عن طريق الإنفاذ . وهذا ما يطلح عليه البعض باسم
 الفرع الموجه (2) .

إن الكتاب المناصرون لهذا الإتجاه يبدون نوعاً من التحفظ . حيث يشيرون إلى
 أن هذه التصرفات لا تشكل بذواتها قواعد عرفية ، ولكنها تعتبر عناصر للصيرورة
 العرفية . وعليه فإن الدراسة لا تنصب عليها باعتبارها قواعد قانونية ، ولكنها
 كحوافل لضوابط في طور النشو (3) . ومن الأمثلة على ذلك نظام الأفضليات المعم
 دون المعاملة بالممثل لصالح البلدان النامية ، الذي جاء في المادة (17)
 من قرار الجمعية العامة رقم (3281) المتعلق بميثاق حقوق وواجبات الدول
 الإقتصادية . فإذا ما تأكدت هذه القاعدة من الناحية العملية ، بتصرفات الأشخاص
 الدولية ، فإنها تصبح قاعدة عرفية . لكن هل تساهم جميع تصرفات المنظمات
 الدولية في إنشاء القواعد العرفية ؟
 إن الأسلوب الموجه لتكوين القاعدة العرفية ، يفترض وجود عنصر الإلزام
 فيها . ولا ينقصها سوى العمل لتتحول إلى قاعدة عرفية . لكن تصرفات المنظمات

(1) - أنظر محمد بجاري - المرجع السابق ، - ص 250 - 252 . وراجع كذلك "جيرو"

المرجع السابق - ص 744 . بل أن " CASTANIDA " يعتقد بأن التفسير
 الموسع بمثابة المصدر للعرف - راجع ذلك في دروسه تحت عنوان :

- Valeur juridique des résolutions des nations unies , cit, P:277 .

(2) - منعم الأستاذ محمد السعيد الدقاقي المرجع السابق - ص 146 .

(3) - THIERRY (H) , Droit international Public cit , P: 121 .

المنظمات الدولية ليست ملزمة بجميع أصنافها⁽¹⁾، وإنما يوجد الملزم قانوناً وغير الملزم . ولذلك يمكننا إستخلاص ما يلي :

إن القرارات الملزمة هي التي يصلح عليها إسم القرارات المساهمة في تكوين العرف الموجب ، وذلك عن طريق اقتراح القاعدة ، مع توفير ركن الإلزام . أي أنه لا ينقصها سوى العمل لتصبح قاعدة عرفية .

أما القرارات غير الملزمة ، فإنها تساهم في تكوين العرف عن طريق الصيرورة التقليدية .

معنى هذا أن تصرفات المنظمات الدولية تساهم في إثراء العرف عبر صيرورتين : الصيرورة التقليدية التي تقتضي تكرار التصرف ، وتمتعه بالتالي بالركن المعنوي . والصيرورة الجديدة التي تساهم بدورها في تكوين العرف الموجب ، حيث يقترح تصرف المنظمة قاعدة ما ، ويؤثر لها الركن المعنوي مسبقاً ، ويبقى تأكيد العمل لها فقط لتصبح قاعدة عرفية .

لكن ماهي الشروط المطلوبة في التصرف ليحدث هذه النتيجة ؟

الفرع الثالث : الشروط المطلوبة في التصرف ليساهم في تكوين العرف .

يذكر الكتاب جملة من الشروط نأخذ منها ما يلي :

1 - ينبغي أن يشكل القرار "ضوابط أو قواعد" يمكنها أن تنشيء قاعدة قانونية⁽²⁾ . وعليه فإن القرارات الداعية إلى اتباع سياسة معينة تقع خارج هذا الإطار . لكن ماهو معيار التفرقة بين التصرفات القانونية والتصرفات السياسية ؟

إن تصفية الإستعمار مثلاً ، هي قضية سياسية قانونية . فهل ينبغي إيماناً بما في علم القانون الدولي ، يصعب التمييز بين السياسة والقانون ؟ نظراً للتفاعل الموجود بينهما . ولذلك كان الأجدر أن يكون هذا الشرط متمثلاً في : التعبير عن إنشغال المجتمع الدولي ، كتصفية الإستعمار والحد من السلطنة النووية .

(1) - تميز بهذا المدد التي وجود خلاف كبير حول التصرفات الملزمة والتصرفات غير الملزمة ، وإذا أن المقام لايسمح لنا بالدخول فيه فإننا نقول بأن التصرفات الصادرة طبقاً للحكام الميثاق . أو أنها تصور عدم احترامها بخرق الميثاق ، ملزمة . وأن غيرها ليس ملزماً .

(2) - GIRAUD (E) , Op - cit , P; 734 - 738 . et voir THIERRY(H) ,

Op - cit , P: 122 - 123 .

- 2 - ينبغي أن يكون مضمون القرار عاما ومجردا . أي أن لا يكون متنا ولا لأطراف معينة بذواتها . وهذا شرط مقبول ، باعتبار أن العمومية والتجريد شرطا للقاعدة القانونية بصورة عامة .
- 3 - ينبغي أن يتم التصويت بأغلبية ساحقة (2/3) . لكن هل تكفي هذه النسبة . يعتقد الأستاذ " جيرو " بأنها لا تكفي ، إلا إذا تضمنت القوى العظمى (1) . إن راحة القوة بارزة في هذا القول . وما لك فيه أنها مستمدة من قاعدة التصويت لمجلس الأمن (حق الفيتو) ، مع اختلاف بسيط ، فبينما حق الاعتراض في مجلس الأمن هو حق قانوني ، فإن حق الاعتراض في الجمعية العامة هو حق واقعي . إن هذا الرأي يخالف مبدأ المساواة في السيادة ، ويرفض الذوق القانوني السليم . بل يُعتبر عائفا لإستخدام الأغلبية التلقائية لصالح البلدان النامية . ولذلك فإننا نقف إلى جانب الأغلبية المددبة (2/3) دون إضافة أية صفة .
- 4 - ينبغي أن يكون التصويت تصبرا عن إرادة حقيقية للدول . أي أن لا يكون التصويت لأمر مناسبة ، أو عرضية ، أو لتقاضي متاعب قد يثيرها إستمرار النقاش في موضوع القرار .
- يستفاد هذا التعبير من لهجة القرار ، صيفته ، تكراره ، إمكانية تطبيقه .
- 5 - ينبغي أن يتمثل الأمر بمجموعة قرارات متطابقة ومتقاربة (2) توحي بأنها تشير إلى قاعدة مماثلة أو مطابقة . أي أن يعاد ذكر مضمون القرار في عدة مناسبات (3) . وهذا ما حدث لتصفية الإستعمار .
- 6 - ينبغي أن يتوفر الممثل المكرس للقاعدة المبينة في القرار ، ليخرجها من عالم الفكر إلى عالم الواقع الملموس . ولذلك يقال بأن القرارات تمهد لإنشاء العرف أكثر من إنشائه . وهكذا يبدو التكرار مهما بالنسبة للصيرورتين التقليدية والجديدة . فيما يتمثل بالتصرفات المنمثلة للعرف الدولي .

(1) - GIRAUD (E) , Op - cit , P: 735

(2) - THIERRY (H) , Op - cit , P : 123 , et voir GIRAUD (E) ibid, P:745.

(3) - يضرب الأستاذ " كاستايدا " مثلا على ذلك بقاعدة الأمن الجماعي التي

نتجت بفعل التصرفات المتعددة المادرة من مجلس الأمن والجمعية السامة

ومواقف الدول . راجع في ذلك في دروسه تحت عنوان :

- Valeur juridique des Résolutions des nations unies , cit, P: 280.281 .

المبحث الثاني

سريان القاعدة المصرفية .

خلصنا من التبحث الأول إلى أن المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية لا تفرض نظاماً تدرجياً للمصادر ، بل تركت الحرية للقاضي في اختيار المصدر الأنسب للقضية المعروضة عليه . ولقد تبين لنا من تلك الدراسة ، أن التفاعل بين العرف، ومختلف المصادر الأخرى تفاعل أكيد . مما يجعلنا ^{نستنتج} بأن مختلف المصادر تنصب في العرف . فالقضاة يجد فيه الوسيلة لفرض أحكامه على الغير . كما تجد الإتفاقية فيه قواعد إبرامها وتنفيذها وتفسيرها . والمعنادي العامة تجد فيه وسيلة الرقي إلى صف القواعد القانونية الدولية . وتجد فيه قرارات المنظمات الدولية وسيلة لصياغة قواعد ملزمة كزعم أحكام الميثاق (التصرفات غير الملزمة) من جهة ، والإسراع في إمداد القانون الدولي بالقواعد القانونية ، عن طريق العرف الموجه من جهة ثانية . ولذلك يمكننا القول بأن العرف هو المصدر الذي يشكل البنح الذي لا ينفذ والمصباح الذي لا يطفح .

إذا كان العرف على هذه الأهمية فكيف يتم سريان القاعدة المصرفية ؟ وما هي معايير سريانها ؟ وما هي حدود هذا السريان ؟ ذلك ما سنحاول الإجابة عنه في المطالب الآتية .

المطلب الأول : معنى سريان القاعدة المصرفية .

ليس من السهل تحديد معنى السريان . ولذلك فإننا سنحاول إقامة مقارنة بينه وبين المصطلحات التي قد تبدو قريبة منه ، لكي نحدد المعنى العام لهذه الكلمة . إن أوك كلمة تواجهنا هي التكرار أو الإستمرارية . وتبعاً لما سبق في الفصل الأول فإن التكرار واستمرارية السلوك يعني تمدد الحالات التي شهد فيها العمل الدولي تطبيقات متماثلة . فهل يعني ذلك السريان ؟

في الحقيقة لا يمكن الإجابة لا بالسلب ولا بالإيجاب؛ لأنه ينبغي التمييز بين سران سلوك معين (خالٍ من صفات القاعدة القانونية) وبين سران القاعدة القانونية التي من بينها القاعدة العرفية. أي ينبغي التمييز بين السران المائي للسلوك المجرد من أية قيمة قانونية، وبين السران القانوني الذي يقتصر فقط على القاعدة القانونية. فبينما يكون الأول عديم الحجية. يكون الثاني متممًا بها ويحتج به في مواجهة التصرفات الأخرى. فهل يستطيع التكرار مواجهة الغير؟ أو بالأحرى هل التكرار حجة على الغير؟

من القَتْفى عليه فقها وقضاة، أن التكرار لا يتمتع بأية حجة قانونية (1)، والمجاملة مثال على ذلك. وعليه فإننا نستبعد التماثل بينه وبين السران. أما الكلمة الثانية التي ندرسها فهي "التطبيق" فهل ينطبق السران على التطبيق؟ أي هل يتطابق سران القاعدة مع تطبيقها؟

في حالة الإجابة بنعم، فإن ذلك يؤدي إلى نتيجة ملازمة، تقضي بأن القاعدة غير المدعوة للتطبيق تكون غير سارية، وبالتالي عديمة الحجية. ولا أحد من الكتاب يوافق على هذا. باعتبار أن قيام القاعدة العرفية لا تشمل على شرط التطبيق، ولأن هذا الأخير يستدعي وجود مناسباته. فلا يمكن استدعاء قاعدة الإثني عشرة ميلاً بصدد تحديد الحدود البرية. إن صح التعبير. إذ لكل قاعدة مناسبتها.

إذا كان التطابق الكلي مستبعداً. فهل يمكن أن تكون هناك علاقة جزئية بين السران والتطبيق؟

إن احتمال كون السران جزئياً من التطبيق غير ممكن لاستحالة تطبيق قاعدة غير سارية. أما احتمال كون التطبيق جزئياً من السران، أي أن القاعدة تكون موجودة وسارية (متممة بحجيتها) ولكنها في حالة انتظار المناسبة التي تستدعيها للتدخل. فهو ممكن ومقبول، باعتبار أن التطبيق ناتج عن السران؛

(1) - راجع في ذلك رسالتي "سورينسون" و"جاني قريقوار" المشار إليهما

سابقاً - ص 108 و 111 و 120 على التوالي.

والقاعدة غير السارية لا يحتمل تطبيقها . وتبعا لذلك يكون السريان - أي استمرار حكم القاعدة بسدم ظهور قاعدة مخالفة لها - دليلا على قبول القاعدة المعنية⁽¹⁾ . وعليه يكون معنى السريان متمثلا في وجود القاعدة في حالة انتظار وترصد للحالة التي تستدعيها⁽²⁾ . فإذا كانت القواعد المتعلقة بالحصانة الدبلوماسية كحرمة المبانى مثلا لا توجد حالة تستدعي تطبيقها ، فهذا لا يعني أنها سقطت في الإهمال . فالسريان إذن هو عدم الإحتجاج على القاعدة العرفية . وإذا كان الأمر كذلك فما هي معايير هذا السريان ؟

المطلب الثاني : معايير سريان القاعدة العرفية .

إذا كان السريان يعني تأهب القاعدة واستعدادها للتدخل في المناسبات التي تستدعيها . فما هي المعايير التي تفيد ذلك ؟

خلصنا إلى القول بأن التطبيق يعتبر جزءا من السريان . وبمفهوم المخالفة فإن التطبيق وحده لا يكفي ، بل ينبغي أن تكون القاعدة مشروعة ، وتوفر الشرعية بمتبر قرينة على إمكانية سريانها ، على أن يتحقق ذلك بتدخل العنصر الشخصي ، أي القبول . وتبعا نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية :

الفرع الأول : النفاذ .

يعتبر تطبيق القاعدة العرفية كلما سمحت الفرصة أو المناسبة دليلا على سريانها . ذلك هو النفاذ : نفاذ حكم القاعدة في الحالات التي تستدعيها⁽³⁾ . حيث يقول الأستاذ " جورج بونار " :

" يكون الضابط في حالة نفاذ ، عندما يرقب آثارا قانونية في مواجهة شخص قانوني " ⁽⁴⁾ . وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية مرارا ، خاصة في قضيتي الجرف القاري سنة 1969 والإختصاص في مادة المصائد سنة 1974 . حيث رفضت امتداد أثر المواد (201 و206) من اتفاقية جنيف المتعلقة بالبحر الإقليمي والمنطقة المجاورة إلى الضير .

(1) - GIANI (G) , LA COUTUME EN DROIT INTERNATIONAL, Cit P:125

(2) - ذهب الأستاذ " بونار " إلى ما هو قريب من هذا ، حين قرر بأن النفاذ هو التقاء جميع العناصر الجوهرية للمرف . راجع في ذلك :

(3) - LA COUTUME SOURCE DU DROIT INTERNATIONAL, J.C.D.I.1960 FASC 13C
Cit, P: 4

(4) - SORENSEN (MAX), LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL, Cit P:102

(4) - BENAR (G) LA COUTUME. IBIB, P:3

ورغم ذلك فإن تلك الأحكام سارية في مواجهة المعنيين بها . فالمادة السادسة من اتفاقية جنيف، للبحر الإقليمي وإن لم تسر على ألمانيا لأنها لم تصادق عليها ، ففي سارية في مواجهة الأطراف الآخرين (1)

يثور المشكل بصدد سريان القاعدة العرفية في حالة اللجوء إلى عمل يناقض أو يفاير حكم القاعدة . فهل يقلل ذلك من حجيتها ؟

إن اتخاذ موقف مفاير لحكم القاعدة العرفية يعني بكل بساطة وجود عمل في مواجهتها ، الأمر الذي قد يؤدي إلى ما يسميه الأستاذ " ش . دوفيسر " بأقلمة القاعدة العرفية عن طريق الفعالية المضادة (2) ، التي تؤدي إلى الفاء العرف . لكن هل يمكن لعمل خالٍ من الحجية القانونية الفاء قاعدة قانونية ؟

مما لا شك فيه أن الإجابة بنعم تخالف القاعدة الأصلية في احترام التدرج . وتعتبر في حد ذاتها إهانة للعرف . ولذلك فإن المنطق السليم يقتضي عدم الفاء القاعدة العرفية بمجرد وجود عمل مخالف . أي تبقى القاعدة سارية حتى يتحول السلوك الجديد إلى قاعدة قانونية ، قادرة على الفاء القاعدة القديمة . لكن هل يوافق الفقه على ذلك ؟

يرى البعض بأن توجه الدول إلى عمل آخر ، مع ترك القاعدة العرفية ، يعني فقدان هذه الأخيرة لعنصر الإلزام (3) .

يعتبر هذا القول خطيرا لنتائجه الوخيمة على القاعدة العرفية ، حيث يعرضها لعدم الإحترام باستمرار . إنه ينزع منها القيمة القانونية . ثم إنه لمن الظلم ترك الإحساس بالالتزامية ، الذي يتم الحصول عليه بصعوبة ، لمجرد موقف قد يكون عرضيا . بل أن المحكمة اعتبرت مثل تلك المواقف ، عبارة عن تمنيات ، عديمة الأثر القانوني ، في قضية الإختصاص في مادة الموائد سنة 1974 (4) . ورغم كل ذلك فإن النفاذ ليس مميّزا فعلا وأكدنا لتحديد السريان . إنه يؤيد ولا يكذب . بمعنى أنه يشكل عنصرا مهما لتأكيد وجود قاعدة سارية في حالة توافره ، وأن غيابها لا يعتبر قرينة على عدم وجودها . إلا ابتداء من وقت ظهور قاعدة جديدة .

(1) ورغم أن الحكم يتعلق بالأحكام الإتفاقية فإنه لا يوجد مانع لاقتباسه وتطبيقه

على الأحكام العرفية . لأن سريان القاعدة القانونية إنما هو سريان واحد .

(2) -DEVISSCHER (CH), DES EFFECTIVITES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC - (2)
Cit, P:69

(3) -GIANNI (G) OP Cit P : 170.

(4) -EISEMANN (PM).et COL Petit manuel de la JURIS Prudence, de la CIJ - (4)

3° Edition 1980, P:151.

من أمثلة القواعد السارية ، التي لم يكتب لها النفاذ ، قاعدة اعتبار حرب الإغتناء جريمة دولية - كما رأينا - والتي طبقت مرة واحدة في أوروبا وأخرى في آسيا (محكمة نورنبورخ ومحكمة طوكيو) . رغم وجود حالات تستدعي تطبيقها . وجدير بالذكر أنها لم تسقط في الإهمال ، إذ أن المواثيق الدولية تدعمها بتأكيد مبدأ عدم التدخل . ونفس الشيء بالنسبة لقواعد الحصانات الدبلوماسية وغيرها من القواعد التي تبقى سارية ، وان وجد العمل المضال لها ، طالما لم يتحول إلى قاعدة قانونية دولية .

يمكننا - بهذا الصدد - ذكر بعض الحالات التي عُرفت فيها الحصانات الدبلوماسية . ففي سنة 1967 احتجزت الصين الشعبية أعضاء البعثة الأنجليزية في بكين ، وأجبرتهم على المكوث في المقر ، ثم أطلقت سراحهم فيما بعد (1) . كما أن إيران قامت باحتجاز أعضاء البعثة الدبلوماسية الأمريكية في طهران سنة 1980 . وذلك بعد انتشار الثورة الإسلامية ، بتهمة التجسس . وفي سنة 1984 قامت بريطانيا باحتجاز أعضاء البعثة الدبلوماسية الليبية في لندن بتهمة المشاركة في اغتيال شرطية بريطانية .

لقد تمت هذه الحالات رغم وجود قاعدة الإجماع " قاعدة الشخص غير المرغوب فيه " التي لم تلجأ إليها هذه الدول إلا فيما بعد . ولذلك فإنه يبدو أن العمل يتجه إلى إحداث قاعدة عرفية وسيطة ، تلجأ إليها الدول قبل اللجوء إلى قاعدة الشخص غير المرغوب فيه . وعلى كل حال ، فإننا لا نستطيع إستباق الأحداث للقول بوجود قاعدة عرفية في هذا الإتجاه ، خاصة وأن الحرب الدبلوماسية التي قامت بين القوتين العظميين في شهر أكتوبر من سنة 1986 شهدت تطبيق قاعدة الشخص غير المرغوب فيه . ولكن ومع كل ذلك فإن العمل الدولي يتجه نحو تضييق نطاق الحصانات الدبلوماسية (2) . وقد يكون استبدال قاعدة " الشخص غير المرغوب فيه " أول قاعدة دبلوماسية يمسها التطور . هذا التطور الذي تؤيده عدة مبررات نذكر منها ما يلي :

(1) - FRIDMAN (W), de l'efficacité des institutions internationales, traduit par : SIMONE DRYFUS, PARIS NEOGRAVURE 1970 P : 30.

(2) - يؤيد البعض هذا الإتجاه ويقول : " ... يوجد إتجاه يناهز بتقليل فئة

الأشخاص المتمتعين بالإمتيازات وتحديد عدد ومضمون الإمتيازات المسلم بها "

أنظر في ذلك : CAHIER (PH), LE DROIT DIPLOMATIQUE CONTEMPORAIN , GENEVE

INSTITUT UNIVERSITAIRE 1962. P: 184

- 1- إن الدول التي تُقدم على الإحتجاز، لاتعلن في الحصانات في ذاتها ، ولكنها تشك وتحتج حول استعمال هذه الميزة ضد مملعة وأمن الدولة .
- 2- إن الحجز الذي تقوم به الدول ، هو حجز مؤقت واستثنائي . لا يتم إلا في الحالات القصوى ، حين يكون هؤلاء يشكلون خطرا على كيانها . خاصة إذا وجدت سابقة تاريخية تؤكد ذلك . كما حدث في إيران . حيث ساهمت وكالفة المخابرات المركزية في إعادة الشاه في بداية الخمسينات بحسب الإلحاحه بنظام مصدق .
- 3- إن الحجز الذي تمارسه بعض الدول هو حجز مقبول من الناحية النظرية البحتة ، لأنه يتم لغاية مشروعة كالإستيلاء على وثائق سرية تحرض الدولة على اغفائها . والتي تكون في حوزة هؤلاء ، حيث أنهم يستطيعون نقلها إلى الخارج عن طريق الحقيبة الدبلوماسية ، في حالة استعمال مؤسسة " الشخص غير المرغوب فيه " .

ولعل العمل الدولي سيؤكد هذا المنحى في السنوات المقبلة ، لفرض التقليل من تدخل الدول العظمى في شؤون البلدان الغامية . ومن ثم تقوم قاعدة عرفية انتقالية أو وسيطة ، تجد مجال تطبيقها قبل اللجوء إلى الإبعاد . ومما لاشك فيه أن هذا الإتجاه سينعكس على الطبيعة القانونية للتجسس . وعلى أية حال فإن الكلمة الثنامية تتمثل في أن النفاذ ليس معيارا كافيا لمعرفة سرعان القاعدة العرفية . ولذلك ينبغي البحث عن معيار آخر .

الفرع الثاني : الشرعية .

إذا كان النفاذ معيارا يحتاج إلى تدعيم . فهل تستطيع الشرعية مساعدته ؟
 اثير الشرعية عدة تساؤلات منها : متى يثار موضوعها ؟ أثار وقت النشوء أم يثار في مرحلة السريان ؟
 تعتبر الشرعية شرطا لإلزام الحياة القاعدة القانونية في كافة مراحلها . لكن هل يوجد في الحياة الدولية ما يؤيد هذا الإعتقاد ؟ أو بالأحرى ، هل يشمل

الأعراف التي تكونت قبل بلورة وصياغة بعض القواعد التي أصبحت تحدد إطار
الشرعية الدولية .

لقد تكونت أغلب قواعد القانون الدولي ، في عصر كانت فيه القوة تتطلب
على الشرعية ، وفي وقت كلفنا القواعد المحددة للشرعية الدولية غير مكرسة .
فهل يمكن إثارة الشرعية على القواعد القائمة ، أي هل يمكن إلغاؤها هذه الأعراف
بأثر رجسي ؟

يبدو الإلغاؤها الكلي مستبعداً ، لأنه يولد عدة متاعب دولية سياسية وقانونية .
حيث تتداخل الحقوق والواجبات الناشئة عن القواعد القديمة والقواعد الجديدة .
وتبعاً لذلك فإن الإلغاؤها الجزئي والتدريجي هو الذي يبدو أكثر ملائمة ، حيث
يتم عن طريق تكوين قواعد عرفية جديدة مخالفة للأعراف القديمة . وحتى يتحقق
الاستبدال الشامل فإن الأعراف القديمة تعتبر فاسدة⁽¹⁾ . تسري في المرحلة
الانتقالية إذا لم تكن مخالفة للقواعد الآمرة مخالفة صارخة .

إن الشرعية إذن لانتم الأعراف التي تتكون بعد صياغة نظرية النظام العام الدولي
لأن مثل هذه الأعراف تكون معدومة ، نظراً لكون السوابق المساهمة في تكوينها
مخطورة .

لقد أخذت فكرة النظام العام مسارها القانوني . وبدأت تتأكد يوماً بعد يوم ،
وهي تتطلب - من بين ما تتطلب - أن لا تكون التزامات الدول الأعضاء في منظمة الأمم
المتحدة متعارضة مع الإلتزامات الناجمة من الميثاق (المادة 103) . وفي حالة
التعارض فإن الأولوية تكون للأحكام الميثاقية .

إن الميثاق ، وهو يشكل إحدى العناصر المحددة للشرعية الدولية ، لا ينص
على إلغاؤها الإلتزامات المتعارضة معه . وإنما قرر أولوية أحكامه فقط . ولذلك
كان من باب أولى عدم الذهاب إلى القول بإلغاؤها جميع الأعراف غير المشروعة ،
مهما كانت درجة عدم التناسب ضعيفة . وهذا ما يدعم تقرير استمرار سريان
الأعراف القديمة ، في المرحلة الانتقالية ، ريثما تقوم الأحكام العرفية أو الإثباتية
الجديدة .

(1) - GAUDEMEI (J), LA COUTUME AU BAS EMPIRE, NAPOLI, LABEO 2ème Edition - (1)
1956 P: 154.

وذهب الأستاذ " جاني " إلى ذلك حين أفرغ القواعد العرفية غير العادلة أو
غير المشروعة من القوة الإلزامية ، وقال بوجود تفاديها - أنظر رسالته
المشار إليها - ص 42 .

وبعبارة أخرى ، تكون الأعراف الفاسدة ، من وجهة نظر الشرعية ، سارية سريانا واقعيا ، في انتظار قيام قواعد سارية سريانا قانونيا . وسفوض ذلك بضرب المثال الآتي :

تشرط المادة (102) من ميثاق الأمم المتحدة تسجيل المعاهدات التي تبرمها الدول الأعضاء في المنظمة ، في الأمانة العامة . وتتلل الفقرة الثانية منها الفائدة من ذلك ، بإمكانية الإحتجاج بالمعاهدات المسجلة أمام أجهزة المنظمة .
 يعني ذلك أن المعاهدة غير المسجلة ، لا يمكن الإحتجاج بها أمام تلك الأجهزة .
 ولذلك يمكننا القول بأن مثل هذه المعاهدات تمتير سارية سريانا واقعيا من وجهة نظر المنظمة . أما المعاهدات المسجلة فهي سارية سريانا قانونيا ،
 وتبعا لذلك يمكن الإحتجاج بها . لكن كيف تكون الشرعية معيارا للسريان ؟

ووجدت فكرة الشرعية لخدمة القانون الدولي ، وخدمة مصالح كافة الشعوب ،
 الممثلة - في كثير من الحالات - من طرف أشخاص القانون الدولي . كما وجدت فكرة الشرعية ، لمرقلة كل سلوك معارض لتقدم وتطور القانون الدولي من جهة ،
 وتأكيد كل سلوك يخدم تطوره وتقدمه من جهة ثانية .

وتبعا لذلك ، تكون القاعدة العرفية المشروعة سارية ، حتى يثبت عكسها بقيام قاعدة أخرى . وهكذا تكون الشرعية معيارا للسريان . ومع هذا ، فهل يمكن الإحتجاج بهذا السريان في مواجهة كافة أشخاص القانون الدولي ؟

إن القاعدة المشروعة لا تتمتع حتما بالحجية العامة . إذ أن ذلك يقتضي موافقة الأشخاص الدولية ، هذه الموافقة تشكل عنوان الفرع القادم .

الفرع الثالث: القبول

يقتبر القبول أو الرضا شرطا أساسيا لتكوين السرف بصورة عامة ، وهو ما يمكن أن نسميه - بحق - بعدم معارضة السلوك الذي من شأنه المساهمة في تكوين القاعدة المعنية . . إنه الوجه الثاني للمل البصام . ويتكون من تصرفات إجابية ومواقف سلبية⁽¹⁾ ولا يشترط فيه الإجماع⁽²⁾ وهذا يعني أن القاعدة التي

(1) -راجع في ذلك الصفة (25) من هذا البحث .

(2) -

عارضتها الدولة وقت نشوئها ، لا تكون سارية في مواجهتها . طبقا لما أعلنته محكمة العدل الدولية في قضية المائد بين النرويج وبريطانيا سنة 1951، حيث قالت (1) " إن قاعدة العشرة أميال تبدو غير نافذة في مواجهة النرويج ، لأنها كانت دائما ضد كل محاولة لتطبيقها على الساحل النرويجي " هذا صحيح ، لكننا نريد دراسة القبول ، بعد حصول السلوك على وصف القاعدة العرفية ، أي بعد النشو . فما المقصود به ؟

إذا كانت الممارسة وقت تكوين العرف، تنصب على وقائع مادية ، فإن عدم القبول بعد النشو ، ينصب على قاعدة قانونية . ولذلك نفضل تسمية عدم قبول قاعدة عرفية بالاحتجاج عليها . والاحتجاج كما يعرفه العديد من الفقهاء هو : " إبداء للإزادة بعدم الاعتراف بشرعية ادعاء معين . أو المجادلة في قيمة وضع معين . " (2) . هذا ولقد قضت محكمة العدل الدولية في عدة قضايا بما يفيد ذلك . حيث اعتبرت عدم الاحتجاج بمثابة قبول . ففي قضية المائد السالفة الذكر سمح عدم احتجاج بريطانيا على الطريقة التي اتبعتها النرويج ، بفرض طريقة الخطوط المستقيمة (3) . كما أدى عدم الاحتجاج من طرف " سيام " على الخرائط التي قدمتها فرنسا ، إلى فرضها عليها ، من طرف المحكمة بمقتضى حكمها في قضية " PREAH VIHEAR " سنة 1962 . وهذا ما جعل بعض الكتاب يقولون بأن كل وضع واقفي مستقر وغير متنازع فيه يتحصل على قيمة قانونية (4) . وهو قول فيه نوع من التطرف ، لأنه يقوم على اعتبار العمل معيارا لقيام القاعدة العرفية . وهو ما لا يتناسب مع الوجهة التي اتبناها في هذا البحث ، والتي تعتمد الشرعية كإطار لهذا العمل .

يثير موضوع القبول إذن مسألة في غاية الأهمية ، خاصة وأن المحكمة اعتبرت عدم الاحتجاج (السكوت) قرينة عليه تكفي وأينا . فكيف يكون ذلك معيارا لسريان العرف . وبتمبير آخر هل تخدم قاعدة " السكوت يعني الرضا " مصالح البلدان النامية ؟

(1) - C.I.E., Recueil des arrêts et AVIS CONSULTATIFS 1951, P : 131

(2) - VENTURINI (GC), LA PORTEE ET LES EFFETS JURIDIQUES DES ATTITUDES ET ACTES UNILATERAUX DES ETATS, R.C.A.D.I. 1964 II.T.112 LYDE;AW

RIJTHOFF 1964 P : 433

(3) - CIJ -Recueil 1951 - P : 130

(4) - VENTURINI (GC) - Ibid -P: 393

إن هذه القرينة تشكل عبئاً ثقيلاً على البلدان النامية . فما هو المخرج ؟
 إن الدول النامية لم تكن في مركز يسمح لها بإبدا رأياً في الموضوع . وتبعا
 لذلك ، فإنه ينبغي أن تصدر منا من شأنه أن يوضح رأياً في الموضوع . . . بمقد
 تمتعها بالقدرة على ذلك . أي ينبغي أن تعطي رأياً صراحة ، وذلك عن طريق
 إصدار إشعار بذلك « NOTIFICATION » .

إن هذا الرأي لا يتناقض مع الأحكام القضائية السابقة . ذلك لأننا لو درسنا ما
 إيمان لوجدنا بأن المحكمة كانت تأخذ مدة السلوك بعين الاعتبار . وهي الفترة
 التي تتصرف فيها البلدان النامية ، على القواعد المعنية وتفصّلها بروية .
 وريثما يصدر ذلك الإشعار ، فإن القاعدة تكون غير سارية على هذا الصنف من
 الدول . وبعبارة أخرى ، فإن الإشعار هو وسيلة إبداً القبول ، الذي يعتبر
 شرطاً لسريان الصرف على البلدان النامية . وهذا ما عبر عنه البعض عند
 الحديث في نظرية الصرف ككل - بالإعتراف بهذه القواعد (1) .

المطلب الثالث : شروط سريان القاعدة العرفية .

هناك جملة من العوامل ، ينبغي أن تتوفر لكي تتمتع القاعدة العرفية بهذه
 الصفة ، وهي :
 أن لا يشوب قيامها عيب ، وأن تكون متأهبة للتطبيق عندما تحين المناسبة ،
 وأن يشهد العمل الدولي على التمسك بها ، وأن تجد القاعدة ما يؤكد
 اختصاصها المادي والجغرافي . . . سندرس هذه العناصر ليتسنى لنا الحكم عليها
 بصورة عملية .

الفرع الأول : القيام الصحيح .

يتمحور هذا الفرع حول نقطتين : الشرعية كشرط للتكوين ، الصحة التي تبدو
 ضرورة لتكون القاعدة سارية .
 يؤخذ من عمل المحكمة وفقه الكتاب . بأن للتصرفات الإنفرادية أهمية بالسنة
 في قيام الصرف . فمن الأحكام القضائية نذكر حكمي محكمة العدل الدولية في
 قضيتي " GREOLAND ORIENTAL " و " HAUTE SELISIE POLONAISE " حيث اعتبرت

(1) -VOIR -CAVARE (L) -Droit International Public, Cit, P : 217 et Voir -
 aussi GIANNI (G), Op * Cit : P 133 et SS.

المحكمة تصريحات المسؤولين بمثابة سوابق ساهمت في إقامة قواعد عرفية (1).
ومن آراء القضاة رأي "الفارينز" الملحق بحكم محكمة العدل الدولية في قضية
"حق الملجأ" حيث يقول :

"تحتل التصرفات الفردية مكانة هامة ، وتلعب دورا كبيرا في قانون الشعوب (2)
ويؤيد هذا الاتجاه عدد من الكتاب ، حيث يقولون بأن المصدر الأكثر أهمية لقيام
المرفق هو ما يسمى بالتصرفات الفردية (3). ويعنون بذلك ، التصرفات المادرة
من تلقاء الدول ، كالاتيان بسلوك معين ، أو الاعتراف به أو تأييده أو إستنكاره . الخ
وبتعبير آخر ، فإن قيام المرفق يتم في قسط كبير منه على عاتق التصرفات
الفردية المتفرقة والموزعة في المكان والزمان ، والتي تتناول موضوعا معيناً .
حيث يجد القاضي أو الفقيه المادة الأولية التي يمكن أن يصوغ منها قاعدة ما .
إذا كان الأمر كذلك ، فإنه يبدو من الصف ترك الحرية للدول بصورة خاصة
والأشخاص الدولية بصورة عامة . لأن ذلك يؤدي حتما إلى تجاوزات على الحقوق وعلى
القانون ، وفي هذا الإطار يقول أحد الأئمة : (4)
" يتم خرق القواعد الآمرة الدولية عن طريق التصرفات الفردية ، أكثر منه
عن طريق المعاهدات . إذ لكي تبرم معاهدة مخالفة للقواعد الآمرة ، فإنه
ينبغي أن يتوفر حد أدنى من الوقاحة والتهكم (5) . ولذلك يجب تحديد
أو " تقييد " حرية الدول ، عن طريق فرض اليطالان على التصرفات المخالفة
لهذه القواعد . وبالتالي غلت الباب أمام تكوين قاعدة عرفية مخالفة للنظام العام
كما يضيف الأستاذ نفسه .

(1) - CPJI, Recueil des arrêts 1933 A/B, Cit, P : 62 et voir VENTURINI (GC) - Op-Cit , P : 398.

(2) - ALVAREZ (A) Op. D'ISS, C.I.J Recueil 1950, P : 290.

(3) - CHAUMONT (C.H.) Cours de droit international public, R.C.A.D.I. 1970 - Cit, P : 464 et scelle (G) - Essai sur les sources formelles de D.I. Melanges GENY. T III , PARIS recueil SIREY, 1934, P : 422.

(4) - THIERRY (H) OP : Cit, P : 1511.

(5) - يؤيد الأستاذ "د. شومون" هذا الاتجاه بقوله : " إذا جعلنا التصرفات الفردية ضابطاً أو تعبيراً سلطوياً ، فإن ذلك يشكل الصيغة التي ضابطتها القانون التقليدي أي شرعية سلطة القوي . راجع دروسه المشار إليها أعلاه - ص 468 .

يفترض موضوع شروط سريان القاعدة العرفية ، أنها قامت في غير مخالفة الضوابط الأتية . وبعبارة أخرى ، فإن موضوع القيام الصحيح للقاعدة ، لا يثار من زاوية الشرطية . وإنما من زاوية أخرى ، عبرت عنها محكمة العدل الدولية في عدة قضايا ، نذكر منها قضيتي " حث الملجأ سنة 1950 " و " المصاد سنة 1951 " حيث قررت صحة وسريان القاعدة بين الأطراف التي عبرت عن قبولها إياها . ولا تكون صحيحة ولا سارية - بالمفهوم المماثل - على الدول التي رفضتها ، إذ يعتبر قبول الدول بحكم قاعدة معينة ، شرط صحة لسريانها على تلك الدولة . تبعا لما سبق ، نستطيع تجزئة القاعدة إلى شطرين - حسب الأطراف - جانب تكون فيه صحيحة وسارية ، وآخر لا تكون فيه كذلك وإن وجدت . نريد في هذه الفقرة إثارة موضوع الإكراه . أي يمكن أن يكون ذريعة للتهرب من القاعدة التي قبلتها الدول في السابق ؟

ردا على هذا السؤال يقول الأستاذ تيبلي : (1)

... بأنها قبلت ضمنا بمقتضى قرينة حقيقية . وأنها (الدول) لا تستطيع التراجع عن موقفها . " أي أن التراجع غير وارد البتة ، ولو تمت غلبا الإكراه ، فالما توجد قرينة القبول . لكن هل يعمل ذلك خروج البلدان النامية للأعراف القديمة ؟

إن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات قبلت إمكانية التذرع بالإكراه للتخلل من الأحكام الاتفاقية (2) . لكن يصعب على الدول إثبات ذلك بالنسبة للمعرف ، لكونه مستوحى من التصرفات الدولية الإيجابية والسلبية ، خاصة وأن العمل القضائي يجعل عدم الاحتجاج قرينة على القبول . ومع ذلك ، فإنه يمكن التمسك بالإكراه في الأحوال التي يمكن إثباتها ، خاصة بالإعتماد على واقع الإستعمار الذي عانت منه الشعوب ، ولأنه لا يمكن تصور الإستعمار إلا كوسيلة مثلى للإكراه .

(1) - THIERRY (H)OP : Cit , PE19 .

(2) - راجع المادتين (51) و (52) من الإتفاقية .

بمقتضى أحد الأساتذة على هذا الواقع بقوله: (1)
 "إن المشكل الشائك هو رفض الدول الجديدة الأعراف القديمة . ويبدو أنه
 يمكن قبول هذه الإمكانية طالما أنها لم تكن في وضع يسمح لها بالتصبير عن
 رادتها، ولو ضمناً - وقت نشوء القاعدة ..."
 تبين لهذا التحليل تقى مقولة الحجية العامة للقواعد العرفية في مواجهة
 البلدان النامية، باطلية، عكس ما اعتقده البعض (2). ومكنا، تكون تلك القواعد
 غير صحيحة؛ وبالتالي غير سارية في مواجهة البلدان النامية، ما لم تفرز
 هذه الأخيرة ما من شأنه يفيد قبولها .
 والنتيجة التي نصل إليها تكمن في أن الأعراف العامة هي المقبولة من
 طرف أغلب الدول، أي تكون مطر رضا . شبه إجماعي (3). مع ملاحظة أن هناك
 صنفاً من الكتاب يرون بأن القواعد الآمرة هي أعراف عامة، تتمتع بالحجية
 العامة . فهل سريان مثل هذه القواعد يتطلب القبول؟
 الحد الآن لم يفصح عن حقيقة القواعد الآمرة، واعترافاً منابحيتها
 العامة فإننا نخرجها من الخلاصة التي وصلنا إليها، ويكون رأينا متعلقاً
 بالتصرفات الإرادية المتفق عليها فقهاً وقناً فقط .

الفرع الثاني : القابلية للتطبيق الحال .

يقصد بهذا الشرط، أن تكون القاعدة جاهزة للتطبيق؛ بحيث لا تكون مشوبة
 بعيب في التكوين، أو بعيب في الصحة، وأن تكون متأهبة للاستجابة لأية دعوة
 محتملة .
 لا يعني هذا الشرط أن تكون القاعدة جاهزة وكأنها فصلت للحالة المروضة،
 لأن ذلك يبدو مستحيلاً، بدليل ما قاله أحد القضاة:
 "إن ممارسة الوظيفة القضائية تكمن، عن التعقد الكبير للعلاقات الدولية،
 للتنوع والشمولية غير المشكوك فيها، لوضعية وسيطة أو فردية بصورة محضة . الأسباب
 غير السامحة بتطبيق قاعدة عرفية دون تفرقة..." (4).

- (1) - THIERRY (H) ,Op-Cit : P : 119
 (2) - QUADRI (R), Cours général de droit international public, Cit, P : 322.
 (3) - أنظر على الخصوص :
 GAUDEMEI (J) ,Op-Cit, P : 154.
 (4) - Voir, GIRAUD (E) -Op Cit, P 644.

إن تطبيق القاعدة على الحالة المبرهنة يدخل في الإنصاف أكثر منه في خصوصيات المادة المدعومة للتطبيق . والإنصاف مدعوم عند تطبيق القاعدة القانونية بصورة عامة ، سواء كانت عرفية أو اتفاقية .

إن مراعاة ما تقتضيه الحالة المبرهنة ، لا يشكل خروجاً عن القابلية للتطبيق ، بل يقع في صلبها ، ويوافق تماماً الصيرورة العرفية ، التي تعطي القاضي دوراً في صياغة وتطبيق وأقلمة هذا الصنف من القواعد القانونية . وهكذا يبدو شرط الصحة عنصراً أساسياً لقيام شرط القابلية للتطبيق . ثم ماذا عن الحيز الجغرافي ، أيتدخل للحد من هذه القابلية أم لا ؟ ينبغي التمييز بين الأعراف التي ^{تكون} فيها الحيز الجغرافي عاملاً مساعداً كالحصانات الدبلوماسية . وبين الأعراف التي ^{تكون} فيها موضوعاً لها . أما بالنسبة للصنف الأول فلا يدخل للحيز الجغرافي ، في الحد من القابلية للتطبيق . أما الصنف الثاني فهو مطر نظر .

إن قاعدة لصانة المقر يلعب فيها الحيز الجغرافي دوراً جوهرياً ، عكس قاعدة لصانة المراسلة التي تتم عبر الحيز الجغرافي . ولكي يتضح لنا الأمر أكثر نضرب المثال الآتي :

نفترض أن قاعدة المائة (200) ميل بحري أصبحت قاعدة لتحديد المياه الإقليمية فهل تسمح الوضعية الجغرافية لجميع الدول بتبنيها .

مما لا شك فيه ، أن هذا البعد لا يسمح لكثير من الدول باتباعها ، وبالتالي لا يمكن استدعاؤها ، لعدم قابليتها للتطبيق بالنسبة لهذه الدول ، وإن قبلتها . هذا ، ويثور مشكل تطبيق القاعدة المفترضة ، فإذا تصورنا اعتراف بعض الدول بها . فهل يمكن للدول التي تنكرها أن تعتبر المنطقة الواقعة ما وراءها منطلقاً إثني عمرة (12) ميلاً ثابتة عرفياً ، والمعلن عنها في المادة الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 . من عالي البحار .

طبقاً للنظرية التقليدية ، فإن أثر العرف يقتصر على أطرافه فقط . وأنه لا يمتد إلى الغير بدون رضاه . فما العمل في الحالة المعروضة ؟
 هناك بعض الأعراف لا يمكن وصفها بالأعراف المحدودة الأطراف ، نظراً لموضوعها العام . ولذلك فإن قيامها يستدعي رضا * أغلب أمصاص القانون الدولي المعنيين . وإلا فإن قيام الأعراف الخاصة في ميدان له طبيعة عالمية كالمنطقة القطبية وأعمال البحار بسبب عدة متاعب دولية . كتلك التي وقعت بين الجماهيرية الليبية والولايات المتحدة الأمريكية في خليج " سيرت " .
 إن القول بانعدام القابلية للتطبيق لمثل هذه الأعراف ، تعفينا من هذه المساواة المتاعب ، وتحقق المساواة في السيادة . وبذلك تكون القابلية للتطبيق شرطاً لريان قاعدة معينة .
 ولتعبير آخر ، تتعلق القابلية هذه ، بصيغة القاعدة ومضمونها . فإذا انضمت في واحد منها لإنعدم سريان القاعدة المعنية .

الفرع الثالث: التمسك بالقاعدة .

يشبه التمسك بالقاعدة ، إلى حد كبير ، تكرار السوابق التي تشكل الركن المادي . ولقد استعملت المحكمة عدة عبارات تفيد ذلك ، منها : (1)
 العمل المستمر ، القواعد الملحوظة عموماً ، القواعد المقبولة عموماً ، العمل المستقر ، التقاليد الثابتة ، العمل العام ، إلخ . وتقصد المحكمة عدم وجود انقطاع في إتباع السلوك المعني . لكن ما علاقة هذا بشرط التمسك بالقاعدة القائمة ؟

تكمن العلاقة في الإستمرار أو الإستمرارية . إذ أن تكرار العمل بطريقة ثابتة ، يشبه إلى حد ما ، التمسك بقاعدة ما ، مع الإختلاف في موضوع كل منهما . فبينما يكون تكرار العمل منصباً على موضوع مادي ، هي الحوادث . يكون التمسك بالقاعدة العرفية منصباً على قاعدة قانونية . وينتج عن ذلك أن الوقوف ضد

(1) - كما استعملت عبارات: العمل شبه العالمي ، المبدأ المتبني عموماً ، القواعد المطبقة عموماً . . للمزيد من التفاصيل راجع :

- VENTURINI (G.C.), Op-Cit : p:390 et SORENSEN (M), Les sources .

Cit, P :102, ainsi que MALLEA (E), Op-Cit -P :54.

الوقائع المادية يتم بالمطابقة، لعرقلة قيام القاعدة. أما النوقون، ضد قاعدة قانونية، فإنه يتم بالإحتجاج، لفرض التخلص والتمرب من حكمها. إن التمسك بالقاعدة يعني إستدعاءها كلما سمحت المناسبة. وهذا ما وجدناه عند دراسة التكرار⁽¹⁾. ولكن التمسك بالقاعدة، بعد قيامها، يبدو أكثر إلحاحاً نظراً لتواثر الركن المعنوي، ولكون الإحتجاج على القاعدة الممنية يهدد كيانها القانوني. عن طريق التمهيد لظهور قاعدة جديدة، بعد الإهمال الذي تتعرض له. وهو ما يسميه "ن. دوفيشمر" بأقلمة المرئ عن طريق الفعالية المضادة حيث يقول: (2)

"ان الإجراء العام لا يستبعد تأقلم القواعد العرفية، عندما تكون هذه الأخيرة مطلوبة، عن طريق أعمال الفعالية المضادة أو المماكسة، وعندما لاتسمح الظروف بتطبيق القاعدة العرفية العامة... ويمكن أن يحدث التأقلم بتكوين قاعدة عرفية ائليمية أو خاصة".

لقد قبلت محكمة العدل الدولية هذا المبدأ في عدة قضايا، نذكر منها قضيتي "المضائد 1951" و"حق المرور سنة 1960" (3).

وأخيراً، هل يعتبر التمسك بحذف القاعدة مطلوباً لسريانها؟ إن تأقلم القاعدة مع الظروف المستجدة، لا يعتبر إهمالاً للصفة القديمة، بقدر ما يعتبر تعديلاً لها. وبقية لذلك، فإن التمسك الحرفي غير وارد ضمن هذا الطرح. ثم إن خاصية المرونة التي يمتاز بها العرف، تصرف التمسك الحرفي بالقاعدة. نستخلص مما سبق أن التمسك الذي يكون له الأثر، إنما هو الإحتجاج العملي باتخاذ موقف، أو مواقف مماكسة للقاعدة. بحيث يسمح ذلك بقيام قاعدة جديدة تلغي القاعدة القديمة، طبقاً لقاعدة "اللاحق يلغي السابق". وتبعاً لذلك ينبغي على القاعدة أن لاتكون ساقطة في الإهمال، عن طريق إتخاذ مواقف مماكسة، تهدد كيان القاعدة القديمة، باستحداث قاعدة جديدة مغايرة لها. وبسبارة أخرى، فإن التمسك بالقاعدة، يعني الإحتجاج بها لكي يتم تطبيقها⁽⁴⁾، وعدم قيام قاعدة مغالفة لها عند الإقتضاء.

(1) - أنظر الصفحة (53) من هذا البحث وراجع :

- SORENSSEN (M), Les sources, Cit = P : 103 et SORENSSEN (M) Principes Cit, P : 40.

(2) - DEVISSCHER (CH) , Les effectivités, cit , P : 69.

(3) - راجع مصنف أحكام المحكمة لسنتي 1951 - 1960 ص 44-139 على التوالي.

(4) - MERLE (M), L'opinion public, R.C.A.D.I. 1973 I T : 138 LEYDE AW - SIJTHOFF. 1973. P : 395.

المطلب الرابع : نطاق سريان القاعدة العرفية .

نطاق سريان القاعدة العرفية ، هو الميدان الذي تتأهب للتدخل فيه . ويقصد بذلك النطاق المكاني والزمني والمبني .

الفرع الأول : النطاق الجغرافي لسريان القاعدة العرفية .

عندما تعرضنا - في الفصل الأول - للمعيار الجغرافي لتقسيم الأعراف ، خلصنا إلى وجود أعراف عامة ناتجة عن موافقة أغلب الدول⁽¹⁾ وأشخاص القانون الدولي . وأخرى إقليمية تربط عدداً محدوداً من الدول . وتماثياً مع هذا التقسيم فإن نطاق الأولى عالمي . ونطاق الثانية محصور بالإقليم الذي نشأت فيه . وبالأشخاص الذين وافقوا عليها⁽²⁾ .

إذا كان الطرح بهذه الميضة فهل يمكن تطبيق الأعراف الإقليمية على المستوى العالمي ؟

بإني ، في بدء ، ينبغي تحديد المصطلح . فهل الأعراف الإقليمية مرادفة للأعراف الخاصة ؟

إن الأعراف الخاصة ، غالباً ما يكون موضوعها محدوداً بالعلاقات الخاصة بين عدد محدود من الأشخاص الدولية⁽³⁾ كأعضاء المنظمات الدولية . أما الأعراف الإقليمية فهي التي تربط مجموعة من الأشخاص الدولية ، بل أن محكمة العدل الدولية ، قبلت نشوء قاعدة بين دولتين⁽⁴⁾ .

معني هذا ، أن الأعراف الخاصة تمتاز بهذه الصفة (الخصوصية) ، نظراً لطبيعة الموضوع الذي تنظمه ، دون النظر إلى الحيز المكاني . ويضرب البعض المثال عليها بأعراف البطار القبلية ، أعراف البلطيق ، الأعراف في نطاق الإيديولوجية⁽⁵⁾ .

أما الإقليمية فإنها على صلة كبيرة بالإقليم ، وفيها يطرح مشكل الإمتداد الجغرافي للقاعدة . وهذا يعني وجود فرق بين هذين الصنفين من الأعراف . وهو ما يقول عنه الأستاذ " فاتيل " " ... عندما يقوم العرف ... سواً بين جميع بلدان العالم . أو بين دول قارة معينة ... أو بين التي تمارس التجارة معا ... " ⁽⁶⁾ .

(1) - GIRAUD (E) , Op Cit - P ; 637.

(2) - كما أكدت محكمة العدل الدولية في عدة قضايا منها " حق الملجأ " و " المصايد " .

(3) - SORENSEN (M), Les sources, cit - P : 104.

(4) - كما هو في قضيتي حق الملجأ وحق المرور .

(5) - Voir BENAR, LA COUTUME . JCDI 1960 FASC 13 C, Cit -P : 8

(6) - GIANHI (G) Op Cit, P : 42.

إطلاقاً من كل ما سبق نصل إلى نتيجة مقتضاها أن الأعراف العامة تطبق على المستوى العالمي وأن الأعراف الخاصة يمكن أن تطبق على نفس المستوى. أما الأعراف الإقليمية فإنها تمتاز بمجالها الإقليمي المحدود. فهل توجد إمكانية تطبيقها وسريانها، في حيز جغرافي آخر؟

بإبي² ذي بدء، ينبغي استبعاد الإتساع الناتج من تحول قاعدة إقليمية إلى قاعدة عامة. لأن تلك العملية واردة بالحسان⁽¹⁾. غير أن ذلك لا يتم إلا بقبول الدول والأشخاص الدولية المعنية بها. وجدير بالذكر، أن هذا القبول يغير من درجة القاعدة؛ بحيث تصبح عامة، ومن ثم يسقط احتمال تطبيق القاعدة الإقليمية على المستوى العالمي. ويتسبب أكثر دقة، لا يمكن تطبيق الأعراف الإقليمية على الصعيد العالمي، طالما أنها غير سارية فيه.

أما الحيز الجغرافي المناير (غير العالمي)، فإن تطبيق القاعدة الإقليمية فيه، فهو أمر محتمل. كأن تطبق قاعدة أوروبية في إفريقيا أو أمريكا. وهو ما تم فعلاً في قضية "PAQUET HABANA" حيث ألبقت المحكمة العليا الأمريكية عرفاً نشأ بين فرنسا وبريطانيا، يقضي بإخراج سفن الصيد من نطاق الغنيمية⁽²⁾. في مثل هذه الحالة، يثور سؤال مفاده: كيف يطبق عرف في ميدان لم يكن ساري فيه؟ إن السريان والتطبيق، في هذه الحالة، يكونان متقاربين. حيث تكون القاعدة بمثابة واقع مادي بالنسبة للإقليم الجديد. وقبول الأعراف الجديدة تطبيقها. على النزاع، هو بمثابة تبني لها وإعطائها دفعة قانونية ملزمة؛ طالما أنها ملزمة للأعراف المنشئة لها. وطبعي أن تبني القاعدة يختلف عن إنشائها. ولذلك فإنه لا عرج في تطبيق القاعدة الإقليمية الإفريقية القاضية باحترام الحدود الموروثة عند الاستقلال، في أمريكا اللاتينية أو آسيا، إذا قبلت بها البلدان المعنية.

(1) - Voir GIANNI (G), Op - Cit : P 131.

(2) - MATESCO (d) - La coutume source de Droit International Public, Cit ; P 274 - 275.

الفرع الثاني : النطاق الزمني (السلام والحرب) لسريان القاعدة العرفية

نتناول في هذا الفرع أثر السلم والحرب على سريان الأعراف الدولية . وبعبارة أدق ، هل يؤدي السلم أو الحرب إلى تعطيل الأعراف ؟

تقضي القاعدة العامة بوقف سريان المعاهدة ، وقت الحرب . فهل تسري هذه القاعدة على الأعراف ؟

نشير في البداية إلى أن هناك نوعين من الأعراف :

الأعراف التي تنظم العلاقات السلمية ، كالسلاقات الدبلوماسية والتجارية ، والأعراف التي تتعلق بالحرب كإعلان الحرب ومعاملة الأسرى والجرحى . الخ .

إن الإجابة عن هذا السؤال ، هي بمثابة الإجابة عن سؤالين متناقضين . أو هما وجهان عملة واحدة . فالسلم والحرب هما وجهان العلاقات الدولية ، بغض النظر عن الحياد ، الذي سنفرز له إجابة خاصة ، في هذا الفرع .

ولتكن البداية بأثر السلم على القواعد العرفية المتعلقة بالحرب ، وأثر هذه الأخيرة على الأعراف السلمية . وفيها ينبغي التمييز بين نوعين من القواعد :

القواعد الناتجة من التصرفات الرضائية .

القواعد المستبرة بأنها موضوعية أو أمرة .

تأثر الحرب بتأثيرها على الصنف الأول ، باعتبارها (الحرب) تصرفاً رضائياً كذلك .

أما بالنسبة للصنف الثاني (القواعد الموضوعية) ، فإنها لا تؤثر عليها ، بل

تستمر في السريان بين الدول المتحاربة ، والتفرقة العنصرية كتطبيق على ذلك .

غير أن بعض الكتاب يعتبرون كل القواعد العرفية ، قواعد موضوعية . وبالتالي فإنها لا تتأثر بالحرب (1) .

إن الرد على هؤلاء سهل . يتمثل في أن الواقع والقانون لا يؤيدان هذا الاتجاه .

ولو كان المراد كما يتبعون ، لما كان لزاماً لوجود أعراف للسلم وأخرى للحرب .

إن إبقائنا سريان القواعد السلمية وقت الحرب والعكس ، هي مسألة يمكن أن نسميها

بالإختصاص المادي للقواعد المعنية . فهل يمكن التمسك بالحصانة الدبلوماسية

بين المتحاربين في ساحة القتال ؟!

إن وقف العمل بهذا الصنف أو ذلك، مرده إلى انعدام الظروف المناسبة للتطبيق . وهو ما يمكن أن ندخله تحت ما عبرت عنه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات باستحالة التنفيذ المؤقتة . والتنوير الجوهري للظروف (1). فإذا أخذنا على سبيل المثال قواعد الصيانة الدبلوماسية . فإن الحرب تقطع العلاقة السلمية بين المتحاربين وبالتالي فلا مكان لإثارتها .

إن لكل صنف من القواعد نطاق زمني يطبق فيه . وهذا ما يمكننا أن نسميه بالإختصاص الظرفي ، دون الإخلال بما يمكن أن نسميه بالأعراف الإنتقالية ، كإعلان الحرب الذي يقع في المنطقة الزمنية المخصصة للأعراف السلمية ، وتبادل الأسرى الذي يقع في معظم الحالات في هذه المنطقة كذلك .

هذا بالنسبة للأعراف بصورة عامة ، فما هو الوضع بالنسبة للأعراف المدونة ؟ لقد خصنا عيّنًا خاصًا لموضوع التدوين ، في هذا البحث . ولذلك نكتفي بالإشارة إلى أن بعض الكتاب يعتبرون التدوين عملية تفسيري في شكل القاعدة العرفية فقط (2). وهذا يعني بتبعية الحال ، أن موضوع العرف يبقى هو هو . والقاعدة العرفية هي قاعدة غير مكتوبة . وتبعًا لذلك ، فإن الأعراف المدونة تأخذ حكم الأعراف الأخرى . أما إذا احتوت اتفاقية التدوين على أحكام اتفاقية ، فإن الأحكام الجديدة تخضع لأحكام المعاهدات .

بعد أن تعرضنا للسلم والحرب ، يبقى لنا أن ننقل إلى الحياد . فما هو أثره على الأعراف ؟

في الحياد ، ينبغي أن نفرق بين العلاقة التي تربط الدول المحايدة بالدول المتحاربة ، وبين العلاقة التي تربط الدول المحايدة فيما بينها . ففي الحالة الأولى ، تلتزم الدول المحايدة بأعراف الحياد ، بعدم اتخاذ أي سلوك يدخل بوضعها القانوني من الحرب ، كأن تترك الخربة للسفن الحربية لأحدى القوتين المتحاربتين في استعمال مياهها الإقليمية لأغراض عسكرية ، أو تجعل حدودها قواعد خلفية لأحدى القوتين المتحاربتين . ومع ذلك فإنه ينبغي أن ننقل إلى الممرات الدولية ، حيث أنها لا تخضع بالحياد حال مرور السفن المتحاربة منها (3).

(1) - راجع المادتين (61) و(62) من الاتفاقية المذكورة . ومناسبة الاستشهاد

بها مبرّر من قبل، ديباجتها التي تصرّح بأنها مدونة للأعراف الدولية .

(2)

- GIANNI (G) , Op - Cit P: 165.

(3) - كما رأيت المحكمة الدائمة في قضية " وانبليدون " نقلًا عن :

.. SORENSEN (M), Les sources . Cit , P :- 96.

حيث قالت المحكمة الدائمة في قضية "وانبليدون" بأن المرور العسكري لاينكسر
إحلالاً لسيادة دولة الضفة وقالت على الخصوص (1)
"إن مزاعم ألمانيا تتناقض مع السبل الدولي المستمر والثابت والمؤكد من طرف
الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالقنوات الدولية الكبرى : قناة بنما وقناة السويس"
ثم أعلنت بأن "القواعد القائمة لاتتعلق بعيتين القناتين فقط، ولكن تمثل
مساواة عامة ... استعمال الممرات الدولية الكبرى من طرف السفن الحربية
أو التجارية ... ينبغي أن لايعتبر منافياً لحياد دولة الضفة ."
الملاحظ أن المحكمة بدأت بإثبات الطبيعة الدولية للممر * ثم انطلقت لتتفني
العلاقة بين المرور ودولة الضفة ، ثم قررت عدم تأثير الحياد بهذا المرور .
يشكل الحياد حالة تدعيم للسلم ، أو على الأقل ، حالة إخماد لنيران الحرب
بجعلها ضيقة ومحصورة . وبالتالي فإنه لايقف الأعراف السلمية ، بل يدعمها بالتزامات
جديدة ، يفرضها الوضع الجديد .

الفرع الثالث : نطاق سريان القاعدة العرفية من حيث الأمكان .

كانت الدولة هي الكيان الوحيد الذي يتمتع بالخصيصة القانونية الدولية ،
في القرن الماضي . ولكن التطور الذي حدث ، أدى إلى اتساع نطاق الكيانات التي
تمتع بها ، بفضل اعتماد معيار الأقلية بدلاً من السيادة (2) .
تلك حقيقة لاينكرها إلا الجاحد ، والسؤال المطروح هو :
إذا كان أشخاص القانون الدولي ، يساهمون في إقامة القواعد العرفية ، فهل تطبق
هذه الأخيرة على كافة الأشخاص الآخرين ؟ وبعبارة أخرى ، هل تسي الأعراف التي
ساهمت الدول في بلورتها على المنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية ؟ وهل
يجوز العكس ؟

نشير في البداية ، إلى أن نظام محكمة العدل الدولية ، أوصد الباب أمام المنظمات
لدولية وحركات التحرير ، لكي تكون أطرافاً للنزاع أمامها . إذ تنص المادة
1/34 من النظام على ما يلي :

(1) - نقلاً عن : - SORENSEN (M), les sources . Cit, P 96.

(2) - للمزيد من التفاصيل راجع المطلب المخصص للأشخاص المساهمة في بلورة
الأحكام العرفية . الصفحة (40) وما بعدها من هذا البحث . ومن الكتاب
راجع :

-QUADRI (R), Cours Général. Cit, P : 384-385

« السذول فقط، هي التي لها صفة الإدعاء أمام المحكمة » .
 يتناقض هذا الحكم مع المادة (1/38 ب) التي تقضي بأن تعاقب المحكمة الأعراف الدولية باعتبارها دليلاً للصقل العام المقبول بصفته قانوناً . وكان بالمادة المستثنت الأعراف، التي تساهم فيها المنظمات الدولية وحركات التحرير من الأعراف الدولية (1) .
 إن المادة (1/34) تعتبر تفضيلاً للمادة (1/38 ب) من غير منصوص، ذلك أن عبارة « الأعراف الدولية » الواردة في هذه الأخيرة تشمل الأعراف العامة وغير العامة .
 ولما كانت الكيانات السابقة، تتمتع بالشخصية الدولية، فإنها تستطيع المساهمة في تكوين العرف، لكنها لا تجد الطريق إلى المحكمة حال نشوء نزاع حولها، للأسباب المذكورة أعلاه . وهذا يعني كذلك، أن هذا الصنف من الأعراف لا تجد طريقها إلى المحكمة للتطبيق القضائي على المنظمات وحركات التحرير، ناهيك عن التي لم تساهم فيها .

إن السؤال غير مطروح من زاوية الأثر النسبي للأعراف بصورة عامة، والذي يلعب فيه قبول القاعدة دوراً فعالاً في تحديد ميدان سريانها . بل أنه مطروح من زاوية عدم كفاية القبول لإحداث القاعدة لآثارها . ومع ذلك فإنه ينبغي التمييز بين ما يمكن أن نسميه بالأعراف الخاصة، التي تعتم بموضوع لإطرح أمام الكيانات الأخرى، وبين التواعد التي يمكن أن تطرح أمام الكيانات الأخرى .
 إن اتفاقيات المقر، مثلاً، تطرح أمام المنظمات الدولية وحركات التحرير . كما أن تقديم المنظمات، بعض الخدمات، لبعضها الآخر - كما هو بالنسبة لمعكمة العدل الدولية والمنظمات الأخرى (المادة 2/34 من نظامها) - لا يمكن أن تكون موضوعاً لقاعدة عسوفية بين الدول والمنظمات الدولية، بل أن المادة (100) من الميثاق تمنح ذلك (2) .

وبعبارة مختصرة، ينبغي التمييز بين الأعراف التي تكون من طلب الإختصاص الشخصي، وبين الأعراف الأخرى . هذا بالنسبة للأعراف الخاصة . فما هو الوضع بالنسبة للأعراف العامة ؟

(1) - رغم أن نية واضعي النظام لم تتجه إلى حرمان المنظمات الدولية من هذا الحق، كما يؤكد العمل الدولي ذلك، كما يؤكد الأستاذ :

-SORENSEN (M), Principes. Cit, P : 129

(2) - التي تقرر استقلالية المنظمة وعدم خضوع الأمين العام و الموظفين الدوليين لأية جهة خارج المنظمة .

لما أن هذه الكيانات تتمتع بالخصية الدولية ، فإنه لا يمكن تطيبت الأعراف العامة الرضائية عليها إلا برضاها . إذ لا بد من التعبير عن إرادتها لتكون ضمن الدائرة التي تشملها القاعدة الممنية . لكن ما الصل في حالة كون إحدى الدول طرفاً في عرف ما ، ثم قامت بحركة تحرير مينة بقبول حكم هذه القاعدة ، فهل تستطيع هذه الأخيرة التمسك بها في مواجهة الدولة الطرف في تلك القاعدة - علماً بأن تلك الدولة لم تعترف بالحركة .

تقتضي النظرية العامة للعرف بأنه لا يمكن سحب الموافقة أو الاعتراض بالقاعدة بعد صدوره (1) . مما يؤدي إلى القول بتطبيق القاعدة الممنية . لكن كيف يتم ذلك والعلاقات معدومة بين هذين الكيانين ؟!

في هذه الحالة لا يسفنا سوى القول بأن القاعدة موجودة وسارية . ولكنها غير نافذة . أي أنها تكون في وضع يشبه وضع الأعراف السلمية وقت الحرب ، هذا ما يدعمه العمل الدولي ، الذي يقضي بعدم تطبية الأحكام الرضائية بين الأطراف التي تنعدم العلاقة فيما بينها ، ذلك لأن تحقيق تطبيقت القاعدة بين هذين الطرفين (طبقاً للنتيجة النظرية المذكورة أعلاه) يعني توافر قرينة على الاعتراض الضمني بالحركة ، وهو ما لا ترغب فيه تلك الدول .

وبخلاف القول أن الأعراف المتمثلة بالاعتصاص الشخصي ، لا تطبق على الأشخاص الآخرين أمام الأعراف الرضائية الأخرى فيمكن تطبيقها إذا توفرت المناسبة والموافقة ووجود علاقات بين الطرفين . ومن الأمثلة على ذلك تطبيقت أحكام الحصانات الدبلوماسية على الموظفين الدوليين ، في حالة وجود نصوص اتفاقية تحددتها كما يرى بعض الكتاب (2) .

(1) - THIERRY (H) Op - Cit, 119.

(2) - انظر في ذلك الأستاذ محمد السيد الدقاي - القانون الدولي : المصادر والأشخاص - المعارف إليه - ص 165 .

المبحث الثالث

الإحتجاج بالقاعدة العرفية .

لأتحدث القاعدة العرفية السارية آثارها القانونية في مواجهة الأعداء، إلا بعد التمسك بها، وإثارته بصدد القضية المرروضة، ذلك هو الإحتجاج بالقاعدة العرفية. فما هي شروط وطرق ممارسة الإحتجاج؟

المطلب الأول: شروط الإحتجاج بالقاعدة العرفية (1)

لكي يحتج لطرف ما، الإحتجاج بقاعدة معينة، ينبغي أن تكون تلك القاعدة موجودة فعلاً، فإن لم تكن كذلك، وجب إثباتها. بمعنى أنه ينبغي على الطرف الآخر أن يكون مستترفاً بالقاعدة التي يحتج بها الضمير في مواجهته، وأن لا يكون محتجاً أو متحفظاً عليها. كما ينبغي أن تكون هناك مناسبة تستدعي التمسك بالقاعدة المعنية. وتبعا لذلك نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية :

الفرع الأول: إثبات قيام القاعدة العرفية .

إذا كانت القاعدة العرفية قائمة، يعترف بها أطراف النزاع. فإن المطالبة بتطبيقها يكفي لتدخلها. أما إذا دار الخلاف والجدل حول وجودها، فإنه ينبغي إثباتها. لكن على من يقع عبء الإثبات؟

تقول القاعدة الأصولية العامة "البينة على من ادعى" فهل تلزم هذه القاعدة في هذه الحالة؟

يرى البعض أن الأطراف، يتما ونون مع القاضي في الإثبات (2)، فهل يوافق ذلك عمل المحكمة؟ لقد طلبت محكمة العدل الدولية من "كولومبيا" - وهي طرف، في قضية حث الملجأ سنة 1950 - إثبات القاعدة المزعومة، والتي تقضي بأن الدولة المانحة للحق اللجوء السياسي تملك الحرية في تكييف المكالفة، بصورة إنفرادية (3)

(1) - يشترط الأستاذ "أونطوكوليتز" للإحتجاج بالقاعدة العرفية ما يلي :

- أ - أن تكون مطبقة باستمرار، ب - أن لا تكون ساقطة في الإفعال . ج - أن تكون محترمة من طرف الدول . د - أن لا تكون متعارضة مع عرفاً أو معاهدة نافذة .
- هـ - أن تكون محترمة للعدالة والإنسانية . راجع في ذلك رسالة "جاني قريشوار" المشار إليها - ص 102 وما بعدها .

(2) - THIERRY (H), Op ; Cit , P 114.

(3) - C.I.J. Recueil 1950, P : 276.

وبهذا يعني أن المحكمة طبقت القاعدة الأصولية "البينة على من ادعى" حين كلفت كولومبيا بإثبات القاعدة التي زعمت أنها موجودة .
 لكن المحكمة ، سواءً القديمة (الدائمة) أو الطالفة ، اتخذت مواقف مناظرة للموقف السابق . ففي قضية "لوتيس" عمدت المحكمة الدائمة إلى إثبات العرف بنفسها .
 وفي قضية "عن المرور" لجأت محكمة العدل الدولية إلى إثبات ذلك لوحدها ، بل أن المحكمة الدائمة اتخذت موقفاً مغايراً لموقف المندوب الفرنسي في قضية "لوتيس" المذكورة أعلاه . فبينما كان هذا الأخير يسعى إلى إثبات وجود قاعدة مفادها حق دولة العلم في متابعة المجرم . أثبتت المحكمة الدائمة المكسر بالإستناد على وقائع تثبت حق دولة مكان وقوع آثار الجريمة - وهي تركيا - في المتابعة .
 لماذا تلجأ المحكمة أحياناً إلى هذه الطريقة ، وأحياناً أخرى إلى طريقة مخالفة ؟ ما هو السر في ذلك ؟

إن السبب في ذلك موضوعي ، يتمثل في طبيعة القضية المعروضة . فإذا عرضت أمامها قضية للفصل فيها ، كما هو في قضية "لوتيس" ، فإنها تطلب المادة (38) من نظامها الذي يحدد المصادر التي تستعملها المحكمة في حل النزاعات والتي تقضي بأن تبدأ المحكمة بمراعاة الأحكام الإتفاقية . فإذا لم تجد قاعدة مكتوبة⁽¹⁾ تناسب الموضوع لجأت إلى الأحكام العرفية لتحكم في الموضوع . فالبحث عن قاعدة عرفية ، أو محاولة إثبات وجودها ، يقع على عاتق المحكمة . وهذا ما يؤكد "هولسي كي" بقوله :

" قبل أن تتمكن المحكمة من تقرير ما إذا كانت هناك قاعدة ، تطعن على قضية معينة ، فإنه يجب عليها أن تتأكد من وجودها ."⁽²⁾

معنى هذا أن الإثبات ، في هذه الحالة ، يتركز إختصاصاً أصيلاً للمحكمة . ومن ثم فإنها لا تستطيع نقله إلى أحد الأطراف بشكل كلي ، وإن جاز لها أن تستفيد من الخدمات التي يمكن أن يقدمها المعنيون بصفة تبعية . أي أن المسؤولية تقع أساساً على المحكمة واستثناءً على الأطراف .

(1) - سواءً كانت من أصل عرفي أو اتفاقي . وإلهم أنها اتخذت شكلاً مكتوباً ،
 يسهل الرجوع إليها .

(2) - نقلاً عن الأستاذ علي عزت السنجقلي - سريان المهاددة على الدول غير

الأطراف - القاهرة - جامعة عين الشمس 1974 - ص 246 .

أما إذا عرض أمامها نزاع ، زعم أحد أطرافه بوجود قاعدة عرفية تقضي لصالحه ، أو أن عمل الغير يشكل إخلالاً بها ، أو أنه قام بعمل ما تطبيقاً لها ، فإن مسؤولية الإثبات تقع أساساً على الدولة الزاعمة ، وإن جاز للمحكمة - إن رأت ذلك - أن تبني الموضوع ، وتناول إثبات ذلك ، لكن عبء الإثبات يقع أساساً على الطرف الذي ثار الموضوع ، وهذا ما تم في قضية جين الملجأ .
وتبعا لذلك نصل إلى الخلاصة الآتية :

إن الطرف الذي يثير العرف ، أو يريد تكريس حكمه ، هو المكلّف ، أصلاً بإثبات وجوده . وهذا ما يوافق تماماً قاعدة " البيينة على من ادعى " . هذا وجدير بالذكر أن السطّمة ليست ملزمة ، في كل مرة ، بإثبات الأعراف التي تثيرها ، إذ أنها - في بعض الحالات - تكتفي بالإشارة إلى القاعدة التي تريد تطبيقها . ولعل السبب في ذلك يعود إلى :

أ- إما أن تكون القاعدة معروفة ولا تخفى الجدل .

ب- أو تكون قد أثبتت من قبل وتم إثباتها في مناسبة سابقة .

تماماً مع هذا التحليل ، نقول بأن الإحتجاج بالقاعدة العرفية ، يقتضي أن تكون موجودة ، فإن لم تكن كذلك ، أو زعم أحد الأطراف أنها كذلك ، وجب إثباتها ليمتنى الإحتجاج بها .

الفرع الثاني : الإعتراف وعدم التحفظ على القاعدة المعقّبة .

تكون القاعدة سارية في مواجهة الغير بأحدى الطريقتين :

أما أن يكون قد ساهم في تكوينها ، أو يمتدّها بها بعد التكوين . ففيما يخص الحالة الأولى ، فإنه ينبغي على المعض الدولي أن يكون قد ساهم في تكوين القاعدة بالتصرفات التي تفيد ذلك ، أي التصرفات الإيجابية والمواقف السلبية عند الإقتضاء . لكن هل تسي على الدولة جميع الأحكام والقواعد التي ساهمت في إنشائها ، أم تسي عليها الأحكام غير المتحفظ بشأنها فقط ؟

طبقاً للأحكام الإثفاقية الدولية ، تسمح مؤسسة التحفظ بتجزئة المعاهدات . أي أن التحفظ يجعل بعض الأحكام سارية على بعض الأطراف ، دون البعض الآخر . فهل تطبق نفس القاعدة على الصفر ؟

في الحقيقة، ينبغي التمييز بين الأعراف المدونة والأعراف الأخرى. ففيما يخص الفئة الأولى، ينبغي التفرقة كذلك بين الأعراف التي تم تعديلها، والأعراف غير المعدلة. ففيما يخص المعدلة، فإنها تأخذ حكم القواعد الإتفاقية، فظرا لبروز إرادة الدول بصورة صريحة، حيث يشترط في التحفظ، أن لا يكون مخلا بهدف وموضوع الإتفاقية. طبقا للمادة (19) من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969⁽¹⁾.

أما بالنسبة للأعراف غير المعدلة، فإن المسألة مطر. نظرا. ذلك أن التحفظ على الأعراف مرسوم بوقت نشوئها⁽²⁾. وهذا يعني عدم وجود التحفظ على القاعدة القائمة. بل أن محكمة العدل الدولية ذهبت إلى حد الاعتقاد بأن التحفظ غير موافق للتدوين في قضية الجرف. الثاني في 1969/02/20، حيث قالت:

" المعروف أن التحفظ مقبول في الأحكام الإتفاقية في حدود معينة. ولكن ذلك لا يطبق على القواعد (٠٠٠) العرفية، التي تقتضي أن تطبق في ظروف متساوية لكافة أعضاء المجتمع الدولي. ولذلك لا يمكنها أن تكون خاضعة لحق الدول في إبعاد أحكامها (التحفظ عليها)⁽³⁾ "

هذا ونجد في العمل الدولي ما يؤكد الفكرة القائلة بأن الوقت المناسب للتحفظ هو وقت نشوء القاعدة⁽⁴⁾. أي قبل إكمال وجود القاعدة العرفية.

وهكذا نجد عدة دول تتحفظ حول اعتبار كتابه معاودتي "إيكس لثا بيلغي" 1748/10/18 و"معاودة باريس في 1765/02/20" باللغة الفرنسية، سابقة تساهم في قيام قاعدة عرفية في هذا المعنى. كما تحفظت الولايات المتحدة الأمريكية حول تنفيذها للحكم التتخيمي، الذي صدر ضدها ولصالح النرويج، بعد الحرب العالمية الثانية. وبعبارة أوضح فإن التحفظ يثار وقت نشوء القاعدة، أما فيما بعد، فلا دخل له ضمن الدول التي ساهمت في التكوين. لكن ما العمل بالنسبة للدول التي لم تساهم في النشوء؟

الأصل في الدول التي تساهم في النشوء، أنها ليست طرفا في هذه القواعد، ولذلك لا تكون سارية عليها، ولا يفتج بها عليها. وتصبح معنية بهذه القواعد بغية على

(1) - وهذا ما قالت به محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري، المتعلق بالتحفظ

على إتفاقية تحريم الإبادة. الصادر في 1951/05/28. راجع في ذلك:

- C.I.J. , avis consultatif du 28/05/51 = P.24 et voir DAUDET(Y), J.C.D.I. 1976 FASC 13 D, PARIS ED. TECHNIQUES, 1976, P 15.

(2) - حامد سلطان - القانون الدولي العام - المشار إليه - ص 39، وانظر: - C.I.J. Ibid, P : 131 .

(3) - EISEMANN(PM), Petit manuel de droit international public de la C.I.J. 2^{ed} Paris Pedone 1971 (P:245) voir DAUDET(Y), ibid, P.16

(4) - MATEESCO (N) , Op - cit, P.260.

على تصرف معين ، أشرنا إليه سابقا باسم "الإشعار" . ولذلك ينبغي الرجوع إليه للإطلاع على التحفظ المحتمل ، الذي ينبغي أن لا يكون مغالفا لهدف الاتفاقية التدوينية وموضوعها ، ولا متناقضة مع القواعد الآمرة الدولية . أي أنه يبقى مصورا على الاعتراف الرضائية كما رأينا . ومع كل ذلك أصبح لدولة ليست طرفا في القاعدة حتى التمسك بها .

يذكر الأستاذ " ماتيسكو " أن أسبانيا تمسكت بالاعتراف المذكورة في معاهدة باريس لعام 1856 في حربها مع أمريكا⁽¹⁾ . ولقد كنا أشرنا إلى واقعة تطبيق المحكمة العليا الأمريكية للعرف الفرنسي - الأنجليني في قضية " PAQUET HABANA " ولا نريد تفصيل ذلك .

الأصل في السريان هو رضا الدول بحكم القاعدة . ولذلك لا يوجد مانع من التمسك بالقاعدة التي لم تكن الدولة طرفا فيها ، على أن يترتب على ذلك إرتباطها بالقاعدة المسنية ، ابتداء من تاريخ التمسك بها . ذلك أن التمسك بالقاعدة يعتبر قرينة قاطعة على قبول حكمها . لكن هل يجوز ذلك في جميع القواعد العرفية ؟ اعتقد أن هذا الحق يقتصر على الاعتراف العامة والإقليمية دون الخاصة . ذلك أن هذه الأخيرة تقوم على معطيات ذات طبيعة خاصة ، وهو الاتجاه الذي يؤيده بعض الكتاب⁽²⁾ . فإذا تصورنا قيام قاعدة عرفية بين دول المجموعة الاقتصادية الأوروبية ، تقضي بتماوان الدول الأعضاء لتسديد الديون الخارجية للدولة العضوة المدينة . فإنه لا يستطيع دولة أخرى خارج السوق - الاعتراف بهذه القاعدة ، والاحتجاج بها ضد دول المجموعة ، لأن هذا العرف خاص بدول المجموعة فقط . وثبعا لذلك ، فإنه لكي يحق لدولة معينة ، أو أي شخص دولي آخر ، الاحتجاج بقاعدة ما ، فإنه ينبغي ألا تكون تلك القاعدة محل تحفظ سابق ، أو عدم اعتراف من طرف الدولة الخصم في النزاع .

- MATTESSCO (N), Op Cit - P ; 261

- (1)

- SORENSEN (M) , les sources . Cit, P - 104

- (2)

الفرع الثالث : المناسبة *

تعتبر المناسبة شرطا طرفيا ، يتعلق بصحة الإحتجاج وفما ليته ، أكثر منه بشرط ممارسته .

يتم التحقق من صحة المناسبة التي أثرت بصدها قاعدة ما ، وتطابقها ، بمد الفصل في النزاع ، سواء كان ذلك عن طريق القضاء أو التعكيم أو التسوية الدبلوماسية (التوفيق ، المصالحة ، المساعي الحميدة) .

من الأمثلة عن المناسبات التي استدعت التمسك والاحتجاج بالقاعدة العرفية قضية " لوتيسر " . حيث احتج ممثل فرنسا " باديفان " بوجود قاعدة عرفية ، مفادها أن دول العلم هي المختصة بالمتابعة في حالة التصادم البحري⁽¹⁾ . ولكن لم يتضح للمحكمة العرفية المزعوم ولذلك لم تأخذ به .

كما أن " كولومبيا " احتجت بوجود قاعدة تقضي بحق الدولة المانحة لاحتلال الجو الدبلوماسي ، في تكييف المخالفة بصورة إنفرادية ، في قضية " من الملجأ في 20/1/1950 . لكن المحكمة لم تقنع بحجج هذه الدولة لإثبات القاعدة المعنية ، خاصة في مواجهة البيرو الدولة الخصم في القضية⁽²⁾ . لكن ما هو دور المناسبة في الإحتجاج ؟

يجمل الأستاذ " فريدمان " دور المناسبة متمثلا في تكريس القاعدة العرفية⁽³⁾ . ويتضرب لذلك مثلا باحتجاج إيسلندا وعدد من الدول ، بقاعدة الإثني عشرة ميلا بمناسبة مد مياهها إلى هذه المسافة .

إن دور الإحتجاج ، عندما تحين المناسبة ، مضاعف ، فمن جهة ، يهدئ إلى تكريس القاعدة - كما هو في المثال السابق - ومن جهة أخرى ، فإنه يحافظ على كيان القاعدة باستمرار ، بعدم سقوطها في الإسهال . إذا كان هذا هو الوضع للعرف العرفي ، فما هو دور الإحتجاج بالنسبة للعرف الموجه ؟

العرف الموجه هو نتاج التطور السريع للأحداث ، وهو يتوفر على عنصر الإلزام قبل عنصر التكرار . ولكي يتحقق الكيان القانوني والواقعي لهذا الصنف من القواعد ، ينبغي أن يتأكد بالعمل⁽⁴⁾ . فكيف يمكن أن يتحقق ذلك ما لم

(1) - HAREX (K), Les sources de droit international . Cit, P - 806 et voir aussi CAVARE (L), Op - Cit , P : 221 .

(2) - C.I.J. recueil, 1950 , P : 278 .

(3) - FRIDMAN (W), de l'efficacité . Cit - P:28

(4) - DEVISSCHER (CH), les effectivités . Cit - P : 71

تستغل المناسبات للإحتجاج به . وعليه فإنه لا يمكن الحديث عن وجود قاعدة عرفية بمعنى الكلمة في حالة الصرف الموجه - إذا لم يتأكد ذلك بالفضل الدولي . ذلك أن الإحتجاج في الوقت المناسب ، هو من صميم الوجود القانوني والواقعي للقاعدة العرفية الموجهة . وتبعاً لذلك نقول :

إذا كان الإحتجاج بالقاعدة العرفية التقليدية يساهم في تكريسها وتدعيم وجودها ، فإنه يساهم في تكوين القاعدة الجديدة ، طالما أنها ^{تستتج} عمل بصدق عنصر الإلزام ، وطالما أن التصرف المنهي للقاعدة العرفية الموجهة ، هو بمثابة " اقتراح " أو " وعد " بالقاعدة . على شرط تحقق الركن المادي . ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا باستئصال المناسبات التي تستدعيها . لكن ما حكم الإحتجاج بقاعدة في غير مناسبتها ؟

إنه لمن المستبعد وجود مثل هذه الحالة على الصعيد الدولي ، نظراً لوجود أجهزة متخصصة من جهة ، ومحاولة كل طرف لإيجاد الأدلة لتدعيم الموقف المزعوم من جهة ثانية . وكال ما يمكن أن يثار بهذا الصدد ، هو التكييف - إذ لكل تكييف مبرراته وخلفياته - سواء كان على الصعيد الحكومي ، أو على صعيد الأجهزة المتخصصة ، أو على صعيد الأجهزة المكلفة بالفصل في النزاع . وهذا ما تؤكد المادة (09) من نظام محكمة العدل الدولية ؛ حين اشترطت تمثيل مختلف الحضارات (الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم) في طاقم القضاة الدوليين ، المكلفين بتسيير نشاط المحكمة .

وعلى كل حال ، فإن التمسك بالقاعدة في غير مناسبتها ، ليس جريمة دولية ، وإنما ينقلب ذلك على الدولة التي أثارتها ، حيث يكون دليلها ضعيفاً . - مثلاً تأخذ المحكمة بها ، كما فعلت المحكمة الدائمة في قضية " لوتيس " عين ضربت عرض الحائط بحجج فرنسا (1) .

يكتسي التكييف أهمية قصوى بالنسبة للعرف ، نظراً لطبيعة قواعده التي تنقسم بالضموم . ولعل ذلك يكون من الأسباب التي ساهمت في " عزوف " الدول عن اللجوء إلى القضاء الدولي ، والتخوف من القضاء الإلزامي (2)

(1) - SORENSEN (M), Les sources . Cit - P : 103.

(2) - خاصة الكتلتين الآسيوية والشيوعية كما تم في مؤتمر فيينا لقانون المعاهدات سنة 1969 . راجع في ذلك مقالة الأستاذ جعفر عبد السلام علي - وسائل تسوية المنازعات في قانون المعاهدات - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد 25 لسنة 1969 . ص 251 .

الأمر الذي مندوب فرنسا ^{جعله} يصفه القاضي بالمشروع على النحو الذي رأيناه سابقاً .
 إن السؤال الذي ينبغي الإجابة عنه قبل الانتقال من شروط الإحتجاج عند المناسبة ،
 هو : هل يقع الإحتجاج بالقاعدة في غير مناسبتها من دون أثر ؟
 من الناحية القانونية ، يكون الإحتجاج واقفاً خارج دائرة اختصاص المادة ،
 وتبعا لذلك فإنه يكون عديم الأثر بالنسبة للحالة المسروضة (التضيئة محل النزاع) .
 غير أن ذلك لا يستبعد اعتباره سابقة مادية تفيد التمييز بالقاعدة المثارة خطأ .
 وهكذا يبدو الإحتجاج في الوقت المناسب متبوعاً وظيفته الحامي الأول للقاعدة
 من الإنحراف المحتمل (1) ، ويمثل الدليل القانوني على استمرار وجودها في العلاقات
 الدولية ، وقرينة على نية الأركان المعنية في استمرار حكمها .

المطلب الثاني : طرق الإحتجاج .

إن طرق الإحتجاج عديدة ومتنوعة ، منها السلمية ومنها غير السلمية . لكن
 المواثيق الدولية تدعو إلى تسوية الخلافات بالطرق السلمية (2) المادة 403/2 من
 ميثاق الأمم المتحدة ، وتحدد المادة (1/33) من الميثاق الأممي هذه الطرق
 بقولها :

" ينبغي على الأطراف في النزاعات التي يمس استمرارها تهديد المحافظة على
 الأمن والسلم الدوليين ، البحث عن الحلول بطرق التفاوض والتحكيم ، الوساطة ،
 التوفيق ، التحكيم ، التسوية القضائية ، اللجوء إلى الدياكل والإتفاقيات
 الطوعية ، أو عن طريق وسائل سلمية أخرى يختارونها . "

وبعبارة أخرى فإن طرق الإحتجاج السلمية ، تتم عبر عدة مؤسسات ، منها
 ما يتم بين أطراف النزاع مباشرة (وجهها لوجه) كالتفاوض ، ومنها ما يتم عبر
 تدخل طرف ثالث ، كالمصالحة والتوفيق و المساعي الحميدة والوساطة ، حيث يتدخل
 هذا الطرف لنقل وجهات النظر (الإحتجاجات) بين مختلف أطراف النزاع ، مع
 محاولة التخفيف من حدتها وتوجيهها إلى نقطة الوفاق بينها .

(1) - BORENSEN (M) , Les sources Cit : P - 103 .

(2) - حيث تنص المادة (3/2) من ميثاق الأمم المتحدة على : " يسري أعضاء المنظمة

خلافاتهم الدولية بالطرق السلمية . بالطريقة التي لاتعزز الأمن والسلم
 الدوليين وكذا العدالة الدولية للخطر . " بينما تدمو الفقرة الرابعة من
 نفس المادة إلى الإمتناع عن اللجوء إلى التهديد واستعمال القوة في علاقات
 الدول الأعضاء .

هذا ، ويدخل ضمن هذه المؤسسة التي يتدخل فيها الطرف الثالث ، التعكيم والشما ، حيث يقدم كل طرف احتجاجا جاته ، ويبقى على الطرف الثالث إصدار الحكم ... الخ .

تبعا لما سبق . يمكننا تقسيم الإحتجاج السلمي إلى صنفين :

- 1 - الإحتجاج الدبلوماسي ، ويدخل فيه التوفيق ، المصالحة ، التفاوض ، المؤتمرات الدبلوماسية ، وما إلى ذلك . وجدير بالذكر أن فكرة اللجوء إلى الإحتجاج الدبلوماسي لاحترام المرف وجدت منذ القديم (1) .
- 2 - الإحتجاج القضائي ، ويدخل فيه اللجوء إلى المحاكم الدولية والتحكيم . تماشيا مع هذا التطيل . نقسم هذا المطالب إلى الفروع الآتية :

الفرع الأول : الإحتجاج الدبلوماسي .

يقصد بالإحتجاج الدبلوماسي ، بصورة عامة ، صدور هذا الأخير من جهاز رسمي له قدرة إلزام الدولة ، أو على الأقل ينبغي أن يكون له حق الحديث باسم الدولة . ولقد كنا أثرنا ذلك بمدد الحديث عن أجهزة الدولة التي لها حق المسامحة في تكوين القاعدة السرفية . في الفصل الأول (2) ومؤلا . مروفون كوزير الشؤون الخارجية ورئيس الدولة وكذا الوزراء الذين تتصل وظيفتهم بالمواد الدولية كالجارة والصناعة والمواد الأولية ... الخ . وكذا الممثلين الدبلوماسيين لدى الدول والمنظمات الدولية ، ومن أي شخص آخر ، إذا تحصل على وثيقة تسمح للحديث باسم الدولة . كما هو بالنسبة للمفوضين والبعثات الخاصة . لقد وجد الإحتجاج الدبلوماسي منذ القديم ، أي منذ وجود العلاقات الدولية . وإذا كنا لا نستطيع الرجوع إلى أغوار التاريخ لنأتي بأمثلة . فإن ذلك لا يمد قرينة على عدم وجودها ، لأن العلاقات الدولية ، وان سادتها الحروب ، فإن السلم لم يمت . والإحتجاج الدبلوماسي هو السبيل الأمثل لاستمرار العلاقات السلمية ، وعلى كل فإننا نذكر بعض الأمثلة من هذا الميدان :

في سنة 1708 تم إلقاء القبض على سفير روسيا في بريطانيا ، بسبب تماطله عن

(1) - يناصر هذا الإتجاه على الخصوص الأستاذ " بيغندورت " راجع في ذلك رسالة

" جاني قريتيوار " المثار إليها - ص 3 وما بعدها .

(2) - راجع في ذلك الصفحة (38) من هذا البحث .

دفع المبالغ المستحقة ، بعد إقامة الدعوى عليه . (1)
 قام القيصر بتقديم احتجاج دبلوماسي إلى الملكة البريطانية " آن " التي ألقت
 الدعوى بإصدار القانون رقم (12) ، وفرضت عقوبات شديدة على كل من يتعرض بسوء
 لحصانات السفراء في المستقبل .

وفي سنة 1888 قررت (2) حكومة الإكوادور التحلل من كل مسؤولياتها أمام
 المواطنين والأجانب الذين قد يتضررون من حرب داخلية (أهلية) أو خارجية .
 فأسرت الولايات المتحدة الأمريكية ، عن طريق إبراز السيد " ريفس " إلى نظيره
 في حكومة الإكوادور السيد " مك قار " ، احتجاجا دبلوماسيا . نورد منه ما يلي :
 " ... إن هذا التصرف ينافي قانون الشعوب . وأن تصريحنا كهذا من طرف
 الإكوادور - فيما يخص الطريقة التي ترى أنها تتعامل بها مع الدول الأخرى -
 يجعلها خارج قانون الشعوب . " (3)

والآن ما أكثر هذا النوع من الاحتجاج . فإذا هتكت قاعدة عرفية . أسرعت
 الدول إلى التنديد بذلك التصرف ، واعتباره سابقة خطيرة . وإننا نكتفي بذكر
 الاحتجاجات العربية ضد إسرائيل ، لعدم احترامها لقانون الحرب في مجزرة صبرا
 وشاتيلا . واحتجاجاتها ضد الممارسات العنصرية لهذا النظام . ونذكر كذلك
 الاحتجاجات الإيرانية ضد العراق حين اخترق قواعد الحرب باستعماله
 للأسلحة الكيميائية .

أو صنفنا الأمثلة السابقة ، لوجدناها تنقسم إلى قسمين : الاحتجاج الثنائي
 من جهة ، والاحتجاج إلى مؤتمر دولي من جهة ثانية . وجددير بالذكر أن هذا
 الأخير له أهمية كبيرة ، باعتبار المؤتمر يخرج بتصرف جماعي رسمي بتأكيد قاعدة
 عرفية أو الكشف عنها بما لا يدع مجالاً للشك فيها . (4) خاصة إذا تعلق الأمر بالجمعية
 العامة أو مجلس الأمن ، حيث يكون التصرف عبارة عن تعبير المجتمع الدولي (5)
 لكن هل يجوز للدولة غير المعنية - بصورة مباشرة - بقاعدة ما
 الاحتجاج بها ؟

- (1) - حامد سلطان - القانون الدولي العام في وقت السلم - المشار إليه - ص 36 .
- (2) - GIANNI (G) , Op - cit ; P: 172 - 173 .
- (3) - GIANNI (G) , Op - cit , P: 173 . .
- (4) - GIRAUD (E) , Droit international public , cit , P: 743 .
- (5) - GIRAUD (E) , ibid , P: 645 - 646 .

القد رفعت اثيوبيا وليبيريا الشكوى إلى محكمة العدل الدولية ، تالبان فيها إصدار حكم تعلن فيه المحكمة ، بأن اتحاد جنوب إفريقيا قد انتهك المادة (22) من عهد العصبة ، والمادتين الثانية والسابعة من صك الإنتداب ، نارا لسياسة التمييز السنوي التي تفتجها هذه الدولة في هذا الإقليم⁽¹⁾ ، أفردت المحكمة بإصدار حكم يعتبر وصمة عار عليها بتاريخ 1966/07/18 . رفعت فيسه الدعوى المقدمة إليها لانسدام المطلحة . أي أنها طبقت المبدأ الداخلي القاضي بأن " الدعوى بدون مطلحة " . وهذا يعني - تبعا للحكم - أن الدولة أو الشخص الدولي غير المصني بقاعدة عرفية بصورة مباشرة . لايسمح لها الإحتجاج بتلك القاعدة .

لسقد وضى هذا الحكم علامة استفهام كبيرة على المحكمة وسعتيها . مما جعل الجمعية العامة - وبعد شهر فقط - تصدر قرارا يقضي بإنهاء الإنتداب على إقليم جنوب غرب إفريقيا . وعادت المحكمة نفسها لتعلن على استعيا ، في رأيها الإستشاري المؤرخ في 1971/06/21 ، التزام اتحاد جنوب إفريقيا بأن ينهي فوراً إدارته لإقليم جنوب غرب إفريقيا (ناميبيا) . وأن الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة ملتزمة بالإعتراف بعدم شرعية إدارة تلك الدولة على إقليم ناميبيا .⁽²⁾

تكمّن المناقصة التي وصلنا إليها في أن المحكمة " تراجعت " عن تكلمها الصادر سنة 1966 ، بلصدار الرأي الإستشاري السابق الذكر . فهل يعني ذلك بأن الدولة تستطيع الإحتجاج بتلك القواعد العرفية ؟
رغم تراجع المحكمة ، فإن هناك بعض الأعراف يصدق عليها مبدأ " لا دعوى بدون مطلحة " ألا وهي الأعراف الخاصة بالمعنى الذي قدمناه . أما الأعراف المتصلة بالنظام العام أو ما يسمى بالقواعد الآمرة ، فإنه لا يصدق عليها هذا القول . فإزالة الإستعمار والمحافظة على الإنسانية ... الخ ينبغي أن لا يقف مبدأ " لا دعوى بدون مطلحة " في سواجبتها . بل أن تلك القواعد تشكل المطلب الأساسي

(1) - راجع في ذلك دروس الأستاذ تيسير عواد - القانون الدولي العام -

الجزائر - كلية الحقوق - 1977 - 1978 - ص 56 و 57 .

(2) - Recueil , 1971. P: 58 و CIJ -

لتنمية العلاقات الودية ، المبنية على مبدأ المساواة ، وتحقيق التعاون لحل
المعضلات الدولية .

إن ميثاق الأمم المتحدة تشترك فيه جميع الدول المؤسسة والمنظمة ، وبني
مخاطبة بأحكامه على قدم المساواة . وينبغي عليها طبقاً للمادة (2/2) منه أن
تنجز التزاماتها بحسن نية .

وتبعاً لما سبق ، فإن الأعراف العائمة يمكن أن تكون محل احتجاج ، وإن كانت
العلاقة التي تثيرها تبدو - نازراً لأطرافها - ليست عامة . فإذا كانت قاعدة مائتي
(200) ميل بحري تمس الدولة المقابلة مباشرة ، فإن الدول الأخرى تستطيع الاحتجاج
باحترام قاعدة (12) ميلاً بحرياً في تحديد المياه الإقليمية ، رغم عدم وجود
مصلحة آنية واضحة ، لأن مد المياه الإقليمية إلى هذه المسافة ، يؤدي إلى
تضييق ميدان التراث المشترك للإنسانية .

إذا صدق ذلك ، فالأولى أن يصدق حق المطالبة والاحتجاج بمبدأ حق الشعوب
في تقرير المصير ، باعتبار الاستثمار والتفرقة العنصرية ، يمان النظام
العام الدولي في صميمه .

الفرع الثاني : الاحتجاج القضائي .

تنص المادة (36) من نظام محكمة العدل الدولية على ما يلي :

" 1 - يمتد اختصاص المحكمة ليشمل كل القضايا التي يطرحها الأطراف أمامها ،
وكذا جميع الحالات الخاصة المحددة من طرف الميثاق أو الإتفاقيات والمعاهدات
السارية .

2 - تستطيع الدول الأطراف في هذا النظام - في أي وقت - إعلان اعترافها باختصاص
الإلزامي للمحكمة ، فيما يخص كل النزاعات ذات الطبيعة القانونية التي
تتعلق بـ :

أ - تفسير المعاهدات .

ب - كل نقطة في القانون الدولي .

ج - حقيقة كل فعل - في حالة ارتكابه - يشكل انتهاكاً لالتزام دولي .

د - طبيعة ومدى التسويض الناتج عن انقطاع تنفيذ الالتزام الدولي . "

(1) - يمكن إدخال احتجاج منظمة الدول الأمريكية الصادر في أوائل نوفمبر من

سنة 1986 ، ضمن هذه الفئة ، لأنه جاء بعد قرار بريطانيا القاضي بجعل منطقة

(200) ميل المحيطة بأرخبيل المالوين ، منطقة صيد نالصة .

يبدو إجليا - من هذه المادة الاختصاص العام للمحكمة . حيث يتعلق بكل ما يثار بصدد القانون الدولي، من علاقات، سواء تعلقت بالمعاهدات أو الأعراف أو أية نقطة تتعلق بهذا القانون .

هذا، ونشير إلى أن عبارة " . . . " والمعاهدات السارية " تتضمن كذلك المعاهدات التي كانت تتطلب تدخل المحكمة الدائمة، حيث أن هذا الاختصاص إلى محكمة العدل الدولية بموجب المادة (37) من النظام . وهو ما يعرف في الفقه الدولي بالاستتغلاف⁽¹⁾ إن نظام محكمة العدل الدولية - إذن - يفترض صراحة بالاحتجاج بالقاعدة العرفية . وهذا يعني تمتع المعنيين بها بحق تقديم الاحتجاجات أمامها . سواء كان هؤلاء المعنيون دولاً أو منظمات دولية أو حركات تحرير وطنية . فهل تنفق أحكام النظام مع هذا الاستنتاج المنطقي .

إن نظام المحكمة لا يسمح بذلك، لأنه يبعد بعض الكيانات من التمتع بهذا الحق، على الرغم من علاقتها بالقانون الدولي، ومساهمتها في بلورة مبادئ جديدة فيه⁽²⁾ . وأعني بذلك المنظمات الدولية وحركات التحرير (عدا منظمة الأمم المتحدة التي تتمتع بهذا الحق . ولا غرابة في ذلك، طالما أن المحكمة تعتبر الجهاز القضائي الرئيسي للمنظمة بطبقاً للمادة الأولى من النظام) . لكن كيف أبعدت هذه الكيانات . لقد سبقت الإشارة إلى المادة (1/34) من النظام، وقلنا بأنها تنص على تمتع الدول فقط بحق الإلتصاف أمام المحكمة . . . وإذا كان النظام جزءاً من الميثاق الذي يكرس مبدأ المساواة وحق التصوب في تقرير المصير . فمعنى ذلك أن هناك تناقض بين المادة (1/34) من النظام والمادة (2/1) من الميثاق . فمن جهة يفتح الميثاق الباب للتصوب من أجل التحرر والمساواة، ومن جهة أخرى يوحد الباب أمامها، عن طريق غلق الباب أمام حركات التحرير الوطنية، ممثلة هذه التصوب، والمسيرة الرسمية عن آمالها ومطالبها المشروعة، المتمثلة في التحرر والائتلاف، ويمنعها (النظام) من ممارسة حق الاحتجاج بالأعراف التي تنغم القضية الرئيسية، التي تشغل المنظمة نفسها والعالم ككل، ألا وهي تصفية الاستعمار . . .

(1) - راجع محاضرات الأستاذ فائز أنجاك - بنية المنظمات الدولية - الجزائر

كلية الحقوق - 1981 - 1982 .

(2) - انظر محمد بجايي - المرجع السابق - ص 81 . وانظر كذلك :

- QUADRI (R) , Le fondement du caractère obligatoire de droit

international, R.C.A.D.I 1952 I ,T:80 , leyde , AW SILJTHOFF 1953

الفرع الثالث: تقنية الإحتجاج القضائي.

نتعرض لهذه التقنية كما حددها نظام محكمة العدل الدولية ، بصورة
عامة . ونبدأ بطرق تحريك إختصاص المحكمة . ثم ننتقل إلى إجراءات متابعة
الإحتجاج . وهي الأخير نتعرض للفة المستملة .

1- طرق الإحتجاج أمام المحكمة :

- تحدد المادتان (37) و(40) طرق الإحتجاج أمام المحكمة وهي :
- طريقة الإحالة أو الميراث (م37) حيث يكون الإختصاص لمحكمة العدل الدولية بفعل الإحالة ، في حالة وجود معاهدة أو اتفاقية سارية تعدد اختصاص عصبة الأمم أو المحكمة الدائمة بالفصل في النزاع الذي يثور بين أطرافها . حيث يؤول الإختصاص إلى محكمة العدل الدولية ، بفعل الإستغناء .
 - ب- طريقة تبليغ شرط التسوية (م40) :

يتفق أطراف النزاع - طبقا لهذه الطريقة - على عرض الخلاف أمام المحكمة للفصل فيه . وهذا يعني أن هذه التقنية تتم برضا الأطراف . وهو نادرا ما يحدث . وإذا ما وجدت حالة افتراضية ، فإن الإحتمال الأكبر أن يتم الفصل في النزاع عن طريق التفاوض .

ج- طريقة تحريك الدعوى بالعريضة (م40) :

- سبقت الإغارة إلى المادة (1/34) التي تسمح للدول فقط بحق المثلول أمامها . وعليه فإن تحريك الدعوى بالعريضة ، لا يتم إلا بعد استيفاء شرط الشخص المعرك لها . أي ينبغي أن يكون محرك الدعوى متمثلا في الدول فقط . لكن كيف يتم كل ذلك ؟

2- إجراءات تحريك الدعوى ومتابعتها :

يتم تحريك الدعوى عن طريق توجيه عريضة "Requête" إلى كتابة الضبط "greffier" موضحا فيها موضوع وأطراف النزاع . ثم تقوم المحكمة عن طريق كتابة الضبط بإبلاغها إلى الممفنين ، وإلى أعضاء الأمم المتحدة ، عن طريق الأمانة العامة :

كما يعرف أن الدعوى لا يمكن إبلاغها إلا بعد أن تكون قد تمَّتْ .

هذا فيما يتعلق بتقنية تحريك الدعوى . أما فيما يخص إجراءات متابعة الاستجواب ، فقد حددتها المواد (42 . 43 . 49) من نظام المحكمة . حيث حددت المادة (42) بأن يكون الأطراف ممثلين عن طريق أعوان مستشارين ، أو قضاة ، يمكنهم المثول أمام المحكمة مع تمتصهم بالحضارة الضرورية لممارسة هذه المهمة بحرية . أما المادة (43) منه ، فإنها تقرر بأن للإجراء مرحلتين : الأولى كتابية .

والثانية شفوية .

أما الأولى فتتعلق بتبادل المذكرات بين أطراف النزاع ، عن طريق كتابة الضبط ، وكذا كل الوثائق المدعمة لمواقف الأطراف ، والتي تبلغ نسخة منها - بعد المصادقة عليها - إلى الطرف الآخر .

وأما الإجراء الثاني فيتمثل في سماع الشهود والخبراء والأعوان والمستشارين ولقضاة .

هذا ، ويمكن للمحكمة أن تطلب الوثائق والشروح قبل كل مناقشة ، طبقاً للمادة (49) من نظامها .

هذا ، ونشير في مقام هذه الفقرة إلى أن المادة (30) من النظام تحيل إلى النظام الداخلي للمحكمة ، وهو ما ندعه للمتخصصين .

3- اللغة المستعملة :

تنص المادة (39) من النظام على أن اللغات المستعملة هي الفرنسية والإنجليزية ، حيث تصدر المحكمة حكمها بأحدها ، إذا اتفق الأطراف على ذلك . أما إذا لم يتفق الأطراف ، فإنها تصدر حكمها باللغتين ، مع اعتماد أحد النصين الفرنسي أو الإنجليزي كأصل .

هذا ، ويمكن للمحكمة أن تسمح للأطراف النزاع باستخدام لغة أخرى ، غير اللغتين المذكورين . بحد طلب ذلك .

- كان ذلك عن الإحتجاج القضائي * كما صورته نظام محكمة العدل الدولية .
 وهو كما يبدو احتجاج ضميمف الأثر موضوعا وشكلا .
 لأنه ضميمف من حيث الموضوع لأن القضاء الدولي هو قضاء اختياري . وهو
 ضميمف شكلا لأنه يمتد السيادة كميار للأدعاء أمام المحكمة . وينتج
 على ذلك - من الناحية الاستنتاجية - استبعاد المنظمات الدولية وحركات
 التحرير الوطنية . وهو ما يتناقض من رأي المحكمة الإستشاري في قضية
 الكونت بيرنادوط " في 1949/04/11 . فهل حان وقت تعديل المادة (1/34) من
 النظام ، أم تضيف المحكمة هذا " الحكم " إلى رصيد التناقضات التي يحتويها
 القانون الدولي المعاصر .
 نحن في انتظار بقطة الشعور القانوني العالمي ، للتقليل من
 التناقضات التي يحملها هذا القانون ، واستبداله بقانون جديد . يراعي
 مصالح كافة الدول والشعوب . وريثما يتحقق ذلك فإن شعوب وبلدان
 العالم الثالث تبقى الضحية الرئيسية لظلم هذا النظام .

من المؤكد أن العرف سلاح ذو حدين ، فإذا نظرنا إلى القواعد التي تشكلت في الماضي ، عن طريق سلوك الدول الإستعمارية ، فإن العرف يعتبر عبثا على الدول الجديدة ، وينبغي على هذه الأخيرة تقديم أطروحتها الجديدة ليتسنى لها خدمة مصالحها ، أو على الأقل ، للتخلص من هيمنة القواعد الظالمة .

وإذا نظرنا إلى بنىة المجتمع الدولي ، فإن العرف يشكل سلاح الحاضر والمستقبل ، باعتبار أغلب الدول المكونة للمجتمع الدولي ، هي دول جديدة ، تستطيع أن تكرر أعرافا عامة تخدم المصالح المشتركة للدول المعنية . وقد تجد ما تواجهه به القواعد الظالمة ، والقواعد الآمرة مثال على ذلك .

إن نقص وتناقض التعريف المطروحة ، يخدم مصلحة العالم الثالث أكثر من غيره ، في حالة حسن استغلاله ، عن طريق طرح البديل .

لو عدنا إلى موضوع التعريف وتساؤلنا عن مصدر الإشكاليات ، لوجدنا الضموض ونقص الشكلية (الكتابة) والمرونة وتناقض العمل الدولي أحيانا ، يتحملون الجزء الأكبر من المسؤولية . إذ أن كل محاولة تجد في العمل الدولي ما يكذبها ويدهسها (1) لكن هل العمل الدولي هو معيار تعريف العرف ؟

إن النظرة الأولى تقول نعم (2) ، طالما أن العرف يتشكل بصورة أساسية من العمل الدولي . لكن النظرة المتفحصة ترى عكس ذلك . وهكذا نجد الأستاذ " بنكرشوك " يضع العقل موضع العمل الدولي ويمنحه دور الحكيم (3) .

وبمباراة أخرى ، فإن العمل لا يعتبر من الناحية القانونية سوى وقائع مادية ، وأن الفقه والقضاء هما اللذان يضيفان عليه ما يريانه مناسباً . وذلك بصورة عامة - سيما وقد تم تكريس القواعد الآمرة . أي أن الإحساس بالإلزامية يأتي بعد التفكير في المادية (4) . وتلك هي مهمة الفقه والقضاء بالدرجة الأولى ، بمراعاة النظام الشرعي الدولي ، والظروف الملائمة للعمل .

وتبما لذلك ، فإن الشرعية الدولية هي السبيل للخروج من تناقض العمل الدولي ، الذي يعيق الفقه والقضاء عن تقديم التعريف المناسب . ويترتب على ذلك كون العمل الدولي تابعا للشرعية وليس متبرعا ، كما هو عليه الحال في الوقت الحاضر .

(1) - انظر على سبيل المثال دروس الأستاذة : " كادي رولاندو " بالهاي سنة 1964 ص 32 ،

" ش . شومون " سنة 1970 . ص 376 ، " جيرو إميل " سنة 1963 . ص 731 .

(2) - وهو اتجاه أغلب الفقهاء .

(3) - GIANNI (G) , Op -cit , P: 35 .

(4) - يقول " سورينسون " : يتم القول بوجود قاعدة عرفية عن طريق الاستدلال المنصب على سلوك الدول السابق - راجع رسالته المشار إليها - ص 85 .

الفرع الثاني : إشكالية الصرف من حيث الطبيعة .

توجد في الفقه الدولي عدة اتجاهات ونظريات لتفسير طبيعة القاعدة الصرفية ، ويمكن تصنيفها إلى فئتين (1) .

1 - الفئة الأولى ترى بأن طبيعة القاعدة الصرفية تقع خارج إرادة الدول .
وتبعا لذلك ، فإنها تقع في مركز أسعى من تلك الإرادة (2) ، ويتصل الصرف بالنتيجة على المرتبة الأولى ، في ترتيب مصادر القانون الدولي .
لقد ذهب هذا المذهب أنصار المدرسة الطبيعية وفقها المدرسة الموضوعية ، على النحو الذي رأيناه في الفصل الأول ، حيث تصبح القاعدة الصرفية عبارة عن المبادئ المكونة للنظام العام الدولي . وعلى كل ، إن صح ذلك بالنسبة للقواعد الآمرة الدولية - إن كانت من أصل عرفي - فإنه لا يصح على القواعد الأخرى ، كقاعدة تحديد المياه الإقليمية على سبيل المثال .

2 - الفئة الثانية ترى ، بأن طبيعة الصرف ليست خارج إرادة الإنسان . وتتفرع هذه الفئة بدورها إلى اتجاهين :

أ - اتجاه يكرس الطبيعة البشرية ، حيث يجعل القانون الصرفي اتفاقا في طبقة مما تحت الشمس .

ب - اتجاه يكرس الإرادة ويجعلها فوق كل اعتبار ، فهبي مصدر القانون الدولي سواء كانت صريحة (المعامدة) أو ضمنية (الصرف) (3) . ويترتب على ذلك إعطاء قيمة أدنى للصرف ، وجعل الإرادة الصريحة موضع التقديس . وإذا كان الأمر كذلك ، فهل يجوز الطعن بالإكراه والتدليس كسبب للربح ؟ ولماذا تكون الأعراف ، السامة ذات حجية عامة كما يقال ؟ ثم هل أن هذه الإرادة مفترضة الحدود أم أنها مطلقة ؟ أتخضع للقواعد الآمرة أم أن هذه الأخيرة هي التي تخضع لها ؟

(1) - مع اعترافنا بوجود تقسيم آخر يدور حول طبيعة الصرف أهبي كاشفة

أم منمثلة ؟ لكننا تناهينا عنه لتفادي الدخول في جدل لا يخدم بحثنا .

(2) - THIERRY (H) , Op - cit , P: 106.

(3) - وهو موقف أغلب الفقهاء بما في ذلك الفقه السوفياتي ، وللإصلاح على ذلك

طالع : تونكين - القانون الدولي العام - المشار إليه - ص 98 . على الرغم

من أن مفهوم الإتفاق ينتل لدى كل من الفقهاء الشرقي السوفياتي والشرقي ،

حيث يرى الأوز بأن الإتفاق ينتج من تصادم الإرادات المتباينة . بينما يرى

الثاني بأنه ناتج من توافق الإرادات - تونكين - نفس المرجع ص 164-165 .

إن لهذه الإختلافات عدة انعكاسات علي ما يدور حول العرف. فإذا كان من طبيعة ما فوق إرادة الدول، فهل يجوز تنظيمه وتدوينه والتحفظ عليه وايتبداله وبإختصار فإن الإختلاف حول طبيعة العرف، هو مصدر كل الضموض الذي يدور حوله. سواء تعلق الأمر بالتعريف - كما رأينا - أو بالقوة الإلزامية كما سنرى.

الفرع الثالث: إشكالية العرف من حيث الإلزام.

يشير هذا الموضوع مسألة حجية العرف. فإذا كان تصرفاً رضائياً (اتفاقاً ضمناً) فإن أثره لا يشمل الدول غير الأطراف (1) ولكن بعض أنصار المدرسة الإرادية يجعلون هذه الحجة عامة، تشمل حتى الدول الجديدة. فكيف يتم التوفيق بين قلعة نسبة آثار التصرفات الإرادية وحجية الأعراف العامة؟ وإذا كانت قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" هي مصدر القوة الإلزامية، فما هو سبب وجود التكرار؟ ومن بين المشاكل المطروحة بصدد إلزامية القاعدة العرفية، الإختلاف في الركن الذي تستمد منه الإلزامية. حيث وجدنا من يكتفي بالتكرار (الركن المادي) ومن هو على نقيض من ذلك. كما يوجد من يعتمد على الركنين معاً. بل أن بعض الآراء تفرغ العرف من أية قوة إلزامية. كما هو عليه الحال بالنسبة لأنصار مدرسة التقييد الذاتي. كما يوجد من يشترط في القاعدة أن تكون موافقة للمدول والإنسانية لكي تكون ملزمة، وإلا وقعت دون الإلزامية، لا ويل يجب تفاديها.

هذا وهناك مسألة القواعد الآمرة الدولية، التي كرست في المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969. فهل تخضع القواعد العرفية لهذه القواعد أم لا؟ وإذا كان أصل القواعد الآمرة عرفياً، فما هو مميّز التفرقة بينها وبين الأعراف؟

(1) - وهو ما تؤيده عدة أحكام قضائية. منها أحكام المحكمة الدائمة في القضايا الآتية: مصالح ألمانيا في سيليزيا العليا البولونية، المناطق الحرة لسافوا ومقاطعة جكس... راجع في ذلك رسالة علي عزت السنجلبي - سريان المعاهدات على الدول غير الأطراف - المشار إليها - ص 18-27.

(2) - راجع الصفحة (23) وما بعدها من هذا البحث.

المطلب الثاني : إشكالية تدوين السرف

يقول أحد الكتاب : " إن المشاكل التي أثيرت بصدد اتفاقيات التدوين ، توضح صعوبة وغموض التدوين في القانون الدولي" (1) . فما مصدر هذه المشاكل ؟ إن شكل السرف غير المكتوب له حصة الأسد في تزكية أو إزاحة الإشكالية . كما أن التساؤل حول الطبيعة القانونية لاتفاقيات التدوين (مسألة سريان قانون المعاهدات عليها ، التسجيل ، التحفظ) يعد موضوعا لا يقل أهمية . هذا ، بالإضافة إلى مسألة أثر التدوين على القاعدة العدونة . فهل يقضي التدوين على القاعدة السرفية ، أم يغير من شكلها فقط ؟ وهل يسمح التدوين بتعديل واستبدال القاعدة عن التدوين ، وبعبارة أخرى ، هل يتم التدوين في إطار ما هو موجود " *lex lata* " أم في إطار ما يجب أن يكون " *Lex ferenda* " . ذلك ما ندرسه في الفروع الآتية .

الفرع الأول : الإشكالية الناجمة من الشكلية

تعتبر هذه المسألة مسألة عملية ، تواجه المتعاملين مع السرف . ولقد رأينا كيف، تلجأ المحكمة أو أحد أطراف النزاع إلى إثبات القاعدة المعنية . يترتب على الصيغة النظرية للسرف ، ما يسميه فقهاء القانون الدولي بالمرونة ، وهو ما يعزقل مساعي المدونين . إذ ما هو الجدل الذي يتم تدوينه من القاعدة السرفية ؟

ثم إن المرونة وعدم وجود صيغة واضحة ، تزرع في القاعدة نوعا من الغموض . وعدم التأكيد ، وهو ما يجعلها مثار الجدل . ولذلك ظهرت عدة صعوبات في مفاوضات فيينا لإبرام إتفاقية قانون المعاهدات ، خاصة فيما يتعلق بموضوعي التفسير الجوهرى للظروف والقواعد الآمرة الدولية . ونتيجة لهذه الصعوبات ، تساءل البعض (2) عن المعيار الذي ينبض أن يتبعه المدونون ؟ هل يكتفون بالقواعد العامة أم تشمل مهمتهم الأعراف الإقليمية ؟ وهل تنتهي مهمتهم في حدود ما هو موجود ، أم تمتد وإلى ما يجب أن يكون ؟ وإلى أي مدى ؟

(1) - THIERRY (H) , Op - cit , P: 125 .

(2) - L' huillier (J) , ELEMENS De droit international public, cit, _

لقد لوحظ منذ سنة 1924 أن الصلاحيات بتدوين القانون الدولي ، يعتبر من قبيل المطالبة بتحقيق أمر محب . وهكذا نجد لجنة الخبراء * تبلغ الدول الأعضاء * بالمواضيع التي تشكل محور مؤتمر لاهاي سنة 1930 (الجنسية ، البحر الأثليبي) المسؤولية الدولية (1) .

لعل هذه الصعوبات هي التي أدت بمؤتمر " سان فرانسيسكو " إلى إيراد نص المادة (1/13 أ) من ميثاق الأمم المتحدة ، التي تقضي بأن تثير الجمعية العامة الدراسات وتصدر التوصيات لفرغ تطوير التعاون الدولي في الميدان السياسي ، وتشجيع التقدم المضطرد للقانون الدولي وتدوينه ، ولعمل الجمعية العامة - باعتبار تصرفاتها مادرة بالأغلبية - يمكنه أن يسهل في التوفيق بين المواقف المتضاربة حول مادة الفرق . كما أن فكرة " تطوير القانون الدولي " يمكنها أن تعطي الجمعية العامة " حرية " إصدار تصرفات ما في حالة وجود الفهم . أتكون لها الحرية في تفسير أو تحديد القواعد تحت غطاء التطوير .

إن عبارة " التقدم المضطرد للقانون الدولي وتدوينه " حازت على اهتمام المعنيين بالتدوين . وهكذا نجد المادة (15) من نظام لجنة القانون الدولي تفرق بين التدوين والتطوير ، والمواد ملين (16) إلى (23) تحدد تقنية كل منهما (2) ، وجدير بالذكر ، أن المادة (15) كانت موضوعاً لانتقادات الكتاب ولجنة القانون الدولي ، ذلك لأنهم يعتقدون بأن كل عملية تدوين حقيقي ، تشمل على عنصر تقدم وتطور القاعدة . وبعبارة أخرى ، فإنهم يجعلون يخطون هدف التدوين متصدد الجوانب : إنه استنتاج وصياغة وأقلمة وتطوير وإنشاء القواعد الصرفية (3) .

الفرع الثاني : النظام القانوني لاتفاقيات التدوين .

نحاول الإجابة في هذا الفرع عن الأسئلة الآتية :

هل يسري قانون المعاهدات على اتفاقيات التدوين ؟ وهل تعتبر هذه الاتفاقيات عقدية أم شارعة ؟ فإذا لم تكن عقدية أو شارعة فما هي طبيعتها القانونية ؟

(1) - 317 (1) - 1930 (1) - 1930 (1) - 1930 (1) .

(1) - لقد أمارت اللجنة إلى وجود (7) مواضيع سنة 1926 وإلى (4) مواضيع سنة

1927 ولم يبق منها سوى الثلاثة المذكورة في المتن . راجع في ذلك رسالة

" ماتيسكو نيقولا " المشار إليها سابقاً - ص 317 وما بعدها .

(2) - جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي - المرجع السابق - ص

المفصلة 193 - 195 .

(3) - ANJAK (F) , la codification des principes de coexistence pacifique (3) Alger , S.N.E.D . 1982 , P: 224; et voir DAUDET (Y) , J.C.D.I, cit, P: 101, 13

إذا نظرنا إلى الإجراءات المطلوبة لإبرام المعاهدات، فإننا نجدتها متوفرة في اتفاقيات التدوين، حيث يسبق إبرامها إجراء مفاوضات، يشارك فيها مندوبو الدول، يتحدث كل واحد منهم باسم دولته. كما تخضع هذه الاتفاقية للتوقيع والتصديق. كل ذلك يؤكد عدم اختلافها عن المعاهدات الأخرى، من الناحية الشكلية. لكن هل يطبق قانون المعاهدات عليها؟

عملياً لا يمكن نفي ذلك، لأن القانون العرفي هو الذي يدير المعاهدات، بدليل وجود اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، التي معظم أحكامها عرفية⁽¹⁾. لكن هل يشمل ذلك آثار اتفاقيات التدوين؟

المعروف قانوناً، أن آثار المعاهدات، نسبية، ولا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة دولة ليست طرفاً فيها. فهل يصدق ذلك على اتفاقيات التدوين؟

إن القول بعدم سريان اتفاقيات التدوين على غير أطرافها، يؤدي إلى نتيجة

وخطئة على العرف، حيث تكون اتفاقيات التدوين مثلاً دون سريان بعض القواعد

العرفية، لعدم وجود بعض الدول الأطراف فيها، في اتفاقية التدوين. وهذا ما

يتناقض الهدف الذي وجد التدوين من أجله. وعليه فإن بعض الكتاب يرون - بحق -

أن اتفاقية التدوين لا تسري على غير أطرافها⁽²⁾، لكن الأثراف تبقى سارية على

كافة أطرافها، سواء كانت هذه الدول أطرافاً في التدوين أم لم تكن⁽³⁾.

وبسببارة أخرى، فإن هؤلاء يفرقون بين الناحية الشكلية والناحية الموضوعية

لاتفاقية التدوين. حيث تكون الاتفاقية - من الناحية الشكلية - سارية على أطرافها،

ومن الناحية الموضوعية تكون سارية على كافة أطراف القاعدة العرفية المدونة.

إن هذه الإجابة لا تثير صعوبة حين يتعلق الأمر بجميع القواعد المستقرة. لكنه

يصعب الأمر فيما يتعلق بتطوير القانون العرفي، وهو ما يتحقق عندما يكون

التدوين أساساً لاستبدال قاعدة عرفية أو تعديلها أو تكريس قاعدة في طور

النشوء.

وفي الحقيقة، ينبغي التمييز بين الحكم العرفي والحكم الاتفاقي. إذ أن

الأول يتكون عبر الزمن، والثاني يتكون بصورة سريعة.

(1) - ترى الأستاذة " ماريك " بأن المعاهدة تابعة للقانون من عدة نواحي: من بينها قاعدة " المقدم شرعية المتناقدين " التي تمنحها القوة الملزمة. راجع في ذلك مقالها بعنوان: MAREK(K), contribution à l'étude de Jus - cogens

(2) - cit, P : 433.434.

(3) - DANDRET(Y), les sources de droit international, J.C.D.I. FASC 13D cit, p. 13.

(3) - وهذا ما صرح به ديباجة اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سنة 1969.

فإذا كانت أقلمة واستبدال العرف تتم بطريقتين : المهاددة والعرف ، فإن المستبدلة أو التي تمت أقلمتها تطبق على أطرافها التقليديين ، بالطريقة التي تطلب بها الأحكام الجديدة ، أي عن طريق الرضا بها . أما الاستبدال الاتفاقي ، فيسري عليه الحكم النسبي ، المعروف في التصرفات الاتفاقية (1).

وتبعا ، فإن اتفاقية التدوين يمكن أن تشمل على نوعين من القواعد : القواعد العرفية والقواعد الاتفاقية . بل أن القاعدة العرفية ، يمكن أن يجرئها التدوين ، حيث يقبل جزءا منها ، ويعدل الجزء الآخر .

يطبق نفس الحكم بالنسبة لتكريس قاعدة في داور التكوين ، حيث لا يسري حكمها على الأشخاص الدولية غير الأطراف ، باعتبارها لم تتمتع بصفة القاعدة العرفية بحد . بل أن الإلزامية التي تتمتع بها جاءتها من قاعدة " العقد شريفة المتماقدين " .

إذا عدنا إلى المادة (102) من ميثاق الأمم المتحدة ، التي تشترط تسجيل المعاهدات . فإننا نجد اتفاقية التدوين ليست إلا معاهدة دولية ، وبالتالي فإنها تخضع لهذا الإجراء (2) . لكن ماذا يعني تسجيل المعاهدات ؟

إن المادة (2/102) من ميثاق الأمم المتحدة تقدم لنا الإجابة بقولها : " لا يستطيع أي طرف في معاهدة أو اتفاقية غير مسجلة طبقا للفقرة الأولى من هذه المادة . أن يتمسك بالمعاهدة المعنية أو الاتفاقية المعنية أمام أي جهاز من أجهزة المنظمة " .

فالتسجيل إذن هو شرط للإحتجاج بالمعاهدة المسنية أمام أجهزة المنظمة ، بما في ذلك محكمة العدل الدولية ، التي تعتبر الجهاز القضائي الرئيسي للمنظمة ، كما توضح المادة الأولى من نظام المحكمة المسنية . لكن ، يشمل هذا الحكم اتفاقيات التدوين ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي الإجابة عن سؤال آخر هو (3)

هل يؤدي التدوين إلى اختفاء القواعد العرفية ؟

(1) - DAUDET (Y) , J.C.D.I., Fasc. 13-D. cit , P: 20.21 .

(2) - DEVISSCHER (ch) , la coutume et traité en droit international

public , REVUE générale de droit international public N° 3, 1955, paris , pédone, 1955, P.11.

(3) - سندرس ذلك بإسهاب في الفرع الثالث تحت عنوان أثر التدوين على القاعدة

العرفية ابتداء من الصفحة (147) من هذا البحث .

إذا كان التدوين يؤدي إلى إغثاء القاعدة الصرفية، فإنه يكون من الضروري استيفاء الشروط المتعلقة بالتسجيل، ليتسنى الإحتجاج بتلك الاتفاقية أمام أجهزة منظمة الأمم المتحدة. أما إذا كانت نتيجة التدوين مغالفة لذلك كما يستفقد البعض⁽¹⁾، فمسنى ذلك أن الإحتجاج بالقاعدة لإحتجاج مثل هذا الشرط. وعليه، فإنه يتم الإحتجاج بالقاعدة سجلت أهم لم تسجل⁽²⁾ طالما أن العرف لإحتجاج التسجيل بأمانة منظمة الأمم المتحدة، بل أنه لا يشترط التدوين للإحتجاج بقاعدة عرفية أمام أجهزة تلك المنظمة. ولذلك فإن لإتفاقيات تختلف عن الماهدات الأخرى من حيث أهمية التسجيل، وهنوما يميزها عن غيرها من الاتفاقيات الدولية.

وأخيرا، هل تنتمي اتفاقيات التدوين إلى صف الماهدات المقدية أم إلى صف الماهدات الشارعة؟

إن المعاهدة المقدية هي التي تنفي الحقوق والإلتزامات التي تنتهي بمجرد مرور فترة مسينة تكفي للوفاء. وبعبارة أخرى، فإنها تنفي مراكز قانونية خاصة⁽³⁾، ولما كانت اتفاقيات التدوين تضم عددا كبيرا من الدول، فإنها مستبعدة من إنشاء مراكز خاصة.

أما الماهدات الشارعة، فهي التي تنفي مراكز قانونية عامة مستمرة وثابتة. ومعلوم أن اتفاقيات التدوين تحتوي على مثل هذا النوع من التواعد. لكن يمكننا القول بأنها شارعة.

في الحقيقة، لا يحق لنا قول ذلك، لأن تلك الإتفاقيات لم تنفي المراكز العامة المستقرة والثابتة، وإنما أحتوتها فقط. فما هي الطبيعة القانونية لهذه الإتفاقيات؟

إن اتفاقيات التدوين ماهدات تسي آثارها في مواجهة الكافة، ويجوز الإحتجاج بها أمام أجهزة الأمم المتحدة رغم عدم تسجيلها (في حالة وجود هذه الحالة) وأنها ليست عقدية وشارعة، إنها ماهدات ذات طبيعة خاصة. تنفي اتفاقيات التدوين.

(1) - THIERRY (H), Op- cit, P: 125.

(2) - يصعب تصور ذلك بالنسبة للأعمال التي تشرنها عليها منظمة الأمم المتحدة.

(3) - SORENSEN (M), les surces ; cit, P: 60.

الفرع الثالث: أثر التدوين على القاعدة السرفية .

يمكننا تفسير العنوان بالسؤال الآتي : هل يحدث التدوين تغييراً على القاعدة السرفية ؟

1- الإنجاء المقرر بالتأثير : يتنازع الإجابة عن هذا السؤال اتجاهان : أحدهما يقر بالتأثير والآثر ينكره .

يعتقد أنصار هذا المذهب بأن اتفاقيات التدوين تحل محل القاعدة السرفية وفي ذلك يقول الأستاذ " توسكوز " : (1)

" التباين الفعلي لهذه المعاهدات (اتفاقيات التدوين) يهدف إلى إلغاء العمل العام ، ثم اعتفاء الصرف القديم . " - وهكذا تكون اتفاقيات التدوين من بين التصرفات التي يسقط بها الصرف .

هناك عدة صعوبات تواجه هذا الفريق ، منها حجية القاعدة المكتوبة . فهل ينزع التدوين الحجية من القاعدة المدونة أم يبقها على حقيقتها ؟ . وبعبارة أخرى ، هل تسري اتفاقيات التدوين على غير أطرافها ؟ وما السبب في ذلك ؟ .

يجد هؤلاء أنفسهم أمام موقفين حرجين : إما الاعتراف بنسبية آثار اتفاقيات التدوين ، وهو ما يعتبر تقليصاً لميدان سريان القاعدة السرفية لسبب شكلي ، وهو غير مرغوب فيه ، لأنه لا يخدم القانون الدولي الذي يهدف إلى تكريس قواعده وليس التدخل منها .

أما الاختيار الثاني ، الذي يكون أنصار هذا المذهب أمامه ، فهو الاعتراف بالآثر الشامل لحجية اتفاقيات التدوين . وهو ما يعتبر خروجاً عن القاعدة العامة لسريان آثار المعاهدات ، من غير مائع قانوني .

أما الصعوبات الأخرى التي يمكن أن تواجههم ، فإنما تكمن في إمكانية تعطيل الأعراف في حالة عدم سريان اتفاقية التدوين بسبب تأخر التصديق (2) . حيث نكون أمام وضع رهيب لنقص القواعد القانونية الدولية . وقد يجيب هؤلاء ، بأن الأثر يكون بعد دخول اتفاقيات التدوين مرحلة النفاذ ، غير أن هذه الإجابة لا تعتبر مخرجاً من الورطة . إذ كيف العمل إذا توقفت المعاهدة عن السريان بسبب الحرب ؟

(1) JUSCOZ (J) , le principe d'effectivite dans l'ordre international

cit, P: 183.

(2) - راجع الجدول المصنوع لذلك في الصفحة (184) من هذا البحث .

هناك نفر آخر يقول بأن التدوين يحول القاعدة العرفية إلى قاعدة اتفاقية • ومن بينهم الأستاذ " جانبي تريفوار" (1). لكن ماهي حدود هذا التحول ؟ أهـسي موضوعية أم شكلية ؟ وهل تفقد القاعدة العرفية الصوالة جميع خصائصها العرفية أم أنها تفقد البعض وتحافظ على البعض الآخر ؟ فإذا كانت تفقد صفاتها العرفية فإن حجيتها تصبح نسبية ، لأنها تأخذ حينئذ حكم القاعدة الإتفاقية • أما إذا كان التحول شكليا فقط ، فإنها تبقى محتفظة بحجيتها العامة • وعليه ، فإن القول بتحول القاعدة العرفية إلى قاعدة إتفاقية قول مرفوض •

2 - الإلتجاه المنكر لتأثير اتفاقية التدوين على القاعدة العرفية •

يرى أنصار هذا المذهب بأن التدوين لإيمحي القواعد العرفية ، بل يعتبر عملية تضيير في الشكل فقط • ولذلك فإن البعض منهم يعتبر اتفاقيات التدوين من قبيل الإتفاقيات الكايفة (2) . ولكن البعض منهم لم يتخذ موقفا واضحا فالأستاذ " جيرو" مثلا • تكلم عن الإتفاقيات الكايفة للقانون ، والإتفاقيات المنشئة له • واعتبر اتفاقيات التدوين من قبيل الصنف الأول • غير أنه تكلم عن مسألة احلال (3) اتفاقيات التدوين محل القواعد العرفية ، عندما تكلم عن إفاء العرف •

فهل يعني ذلك أن الإتفاقيات الكايفة تخفي أو تعدم القواعد التي اكتشفتها ؟ إذا كان الأمر كذلك ، فما المدة من الكشف ؟ والى قريب في الأمر أن الكاتب السالف الذكر ، اعتمد على قول الأستاذ " هن رومو " المتمثل في أن التدوين يشكل " امتدادا " نظاميا للقواعد العرفية إلى صنف القواعد المكتوبة • " (4) •

وفي الحقيقة ، فإن القاعدة المكتوبة الإتعني القاعدة ذات المنشأ الاتفاقي فقط • لقد استعمل الأستاذ " روسو" كلمة تمتاز بمدلول مادي ، أكثر منه بالمدلول القانوني ؛ فقال " القواعد المكتوبة " سرايميا - على ما نعتقد - بأن تحول العرف إلى قاعدة مكتوبة ، لإعني تحوله إلى قاعدة اتفاقية • وبعبارة أخرى ، فإن الأستاذ يقصد من هذه الكلمة التحول الشكلي ، مع بقاء الجانب الموضوعي كما هو • وتبقى الحجة بيهي • ولذلك فإنه كان محقا في اختيار الكلمة المناسبة •

- GIANNI(G) , Op-cit, P: 166. - (1)

- GIRAUD (E) , Op - cit , P: 768. - (2)

- GIRAUD (E) , ibid , P: 777. - (3)

- THIERRY (H) , Op -cit, P: 125- 127 et voir GIRAUD(E), ibid, - (4)

إن التحول إلى قاعدة اتفاقية ، يصعب التوصل في حجية القاعدة العرفية ،
ولذلك لم يوفق الأستاذ "جيرو" في تحليله ، بدليل ما يقوله الأستاذ "تيسير"⁽¹⁾ :
" ... تدوين العرف ، الذي يعني تغييرا بسيطا في الشكل القانوني ، وليس كما
هو ما لوس في القانون الداخلي ، تنبيها جذريا للمنظام القانوني . "
إن حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرنه القاري سنة 1969 يؤيد هذا
الاتجاه ، حين قرر بأن القاعدة المدونة ينبغي أن تكون محل اعتراذ عام من طرف
الدول وقالت على الخصوص :⁽²⁾
" وأن عمل الدول ينبغي أن يشكل اعترافا عاما ، بأن قاعدة قانونية ما (...)
هي المعنية . "

وبعد كل هذا ، ماهي الناية من اتفاقية التدوين ؟

مما لا شك فيه ، أن التدوين يضح صيفا للقواعد العرفية ، فيسهل الجوء إليها
بل أنه - كما يقول البعض -⁽³⁾ يشكل دليل وجود العرف في بعض الحالات ، وكأن الدول
المصوتة على الاتفاقية ، تسبر عن رأيها بأن تلك الاتفاقية (التدوينية) تمثل
قانونا . وهذا اتجاه مقبول ، لأن التصويت أو التوقيع على المعاهدة لا يعني
عليها صفة القانون ، بل التصديق هو الذي يضي عليها تلك الصفة . أما في
اتفاقيات التدوين ، فإن التصويت فقط يكفي لإثبات تلك الصفة . غير أن ذلك لا يعني
بالضرورة الوضع الثابت لاتفاقيات التدوين ، إذ يمكن أن تغطي قواعد مستقرة
وثابتة ، كما يمكنها أن تتضمن قواعد في طور التكوين ، أو أنها تكون أساسا
لظهور قاعدة في المستقبل⁽⁴⁾ .

إذا كان الأمر كذلك ، فما أثر التحفظ ، التصديق والاستبدال على القاعدة العرفية ؟
يمكننا دراسة موضوع التحفظ من زاويتين :

- أ - زاوية الدول الجديدة غير الأطراف في العرف العام ؟
ب - زاوية الدول الأطراف في القاعدة المعنية ؟

- (1) - THIERRY (H) , Op - cit , P: 107. - (1)
(2) - Voir EISEMANN (PM), Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ,
3° édition , Paris pédone, 1980, P: 453 - (2)
(3) - GIRAUD (E), Op - cit , P: 769. - (3)
(4) - THIERRY (H) , Op - cit , P: 129. - (4)

أ- فيما يخص الزاوية الأولى، يقتضي الفنطن إمكانية التحفظ على القواعد التي لم ترتبط بها الدول بعد، بشرط ألا تكون آمرة، وموقف محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري حول التحفظ على اتفاقية منع الإبادة سنة 1951 لا يتعارض مع هذا الاتجاه (1).

ب- أما فيما يخص المخصص الدولي الطرف في القاعدة العرفية، فإنه يبدو من غير الممكن التحفظ أثناء التدوين لأن السماح بالتحفظ، في تلك المرحلة، يؤدي إلى القضاة على عمومية القاعدة المعنية، ولأن المخصص الدولي المعني كان تسد اعترفت بها أو ساهم في تكوينها، وعلى كل فإن السماح بالتحفظ أثناء التدوين يخلق عدة مراكز قانونية في اتفاقية واحدة وإزاء قاعدة واحدة.

أما فيما يتعلق بالاستبدال والتعديل، فإنه يكون مشروع بهما، ولعل سائل يسأل: كيف لا يسمح بالتحفظ، وسمح بالتعديل والاستبدال؟

وفي الحقيقة، فإن التحفظ يشكل حالة خاصة، باعتباره يتعلق بدولة واحدة أو عدد محدود من الدول، أي أنه وحيد الطرف، بتفسير المادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ويفترض (التحفظ) وجود الحكم العام، وهذا ما يوافق رأي محكمة العدل الدولية الاستشاري المشار إليه أعلاه (2). أما التعديل أو الاستبدال فهي حالة عامة، تتم بموافقة عدد كبير من الدول، وأغلبها، حتى يتم تبنيها في النهاية، وهو ما يعتبر وسيلة لأقلية المرف، وتقدمة المضطرب (3).

ولذلك يسمح بهما، لكن ما حكم القاعدة المعدلة إزاء الأراض القديمة؟

إن تعديل القاعدة العرفية يعني تجزئة القاعدة إلى شطرين أحدهما قديم والآخر جديد. الأول يسري على الأراض القديمة سواء كانت - عضوة في الاتفاقية أم لم تكن. وأما المشار الثاني فإنه يسري على الدول الأطراف في الاتفاقية فقط (4)، باعتبار ذلك الحكم اتفاقي المنشأ، ويستمر الوضع على حاله حتى يتصل الجزء المستبدل أو المعدل على صفة القاعدة العرفية العامة، لكي يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الدول غير الأطراف في الاتفاقية. إن اعترفت بذلك الحكم، أو انضمت إلى الاتفاقية المعنية.

(1) - CIJ, Recueil, 1951, P: 21.

(2) - CIJ, Recueil, 1951, P: 24.

(3) - DAUDLET (Y), Op_cit, P: 17, 19.

14- - جير ماردي فان غلان - القانون بين الأمم - ترجمة عباس الصمر - الجزء الأول

الطبعة الثانية - بيروت - دار الفتاوى الجديدة 1970 - ص 23 وانظر تونكين

المرجع السابق - ص 97.

وأخيرا ما هو تأثير العرف في اتفاقية التدوين ؟ فكل يمكن تصور هذا الإقتراض⁽¹⁾ يثير هذا السؤال مسألة عرضية اتفاقيات التدوين ، بأن تكون معرضة للتعديل بفعل الأعراف اللاحقة . وجدير بالذكر أن لجنة القانون الدولي كانت قد قبلت هذا الإقتراض إبان تحضيرها لاتفاقية فيينا لقانون المساهدات⁽²⁾ . ولكن لم يتم إيراد نص خاص به في الاتفاقية . فما السبب في ذلك ؟

يمود السبب إلى أن أصل هذه القواعد (المدونة) إنما هو عرفي ، والمعروف أن القاعدة العرفية اللاحقة تلغي السابقة . ثم إن اتجاه تصرفات أممها القانون الدولي إلى ترك النصوص الواردة في الاتفاقية المدونة ، إنما هو عزوف عنها ، وإبدا* للرغبة عن تغيير أحكامها - يشمل هذا الحكم التماهديات غير التدوينية - وبذلك يستطيع الصرف تعديل أو إلغاء القواعد المقننة . وهكذا يبقى الصرف الأداة « السحرية » التي يتطور القانون الدولي من خلالها . وبعبارة أكثر دقة ، فإن سبب عدم إيراد نص يقضي بإمكانية تعديل الصرف للقواعد المدونة ، في اتفاقية فيينا لقانون المساهدات ، يكمن في أن ذكر الحكم في الاتفاقية وعدم ذكره يتساويان . لأن التطور يقضي بذلك ، ولأن هذا التأثير يعد تصحيح الطاصل .

المطلب الثالث : دواعي تدوين الصرف .

يمكن تصنيف مؤيدات تدوين الصرف إلى صنفين رئيسيين : مؤيدات مستمدة من أبيمة القاعدة العرفية في ذاتها ، ومؤيدات مستمدة من المحيط الذي تميش فيه تلك القاعدة .

الفرع الأول : المؤيدات المستمدة من أبيمة القاعدة العرفية .

تمتاز القاعدة العرفية بالنموض وعدم التحديد . وهذا ما يجعلها مثار الجدل والخلاف المستمر بين الدول ، وكمثال على ذلك ما وقع في محاولة تدوين مباني* التعاميش السلمي سنة 1960⁽²⁾ . وما وقع بمدد التغيير الجوي للظروف والقواعد الآمرة وغيوب الرضا (خاصة الإكراه) في مؤتمر فيينا لقانون المساهدات . يستمد الفموض جذوره من المرونة التي تتوفر عليها القاعدة العرفية ، مما يؤهلها للتسك بها وإثارتها في عدة مناسبات ، وكأنها المنفذ المأمون للخروج من المضايقات

- THIERRY (H) , Op -cit , P: 128. - (1)

- CHAUMONT(ch) , cours gén éral de DIP , R.C.A.D.I, cit, P:377etSS. - (2)

التي تتولد عن كبريات المشاكل المواجهة لعلم القانون (1).

تضرب المرونة، وما يقرتب عنها من غموض، يثير من التشكك حول وجود العرف، مما يجعل تدوينه في غاية الأهمية، حيث يتحقق إثبات القاعدة بسولة (2). الأمر الذي يسهل مهمة أشخاص القانون الدولي في الرجوع إليه، ويسهل كذلك مهمة القاضي بتوفير الدعائم والثانيد التي يستعملهما في حثياته؛ للحكم في القضايا المعروضة. وبكلمة نقول مع الأستاذ "دوني" "بأن التدوين وجد لتدعيم حجية العرف (3). ومما لفت فيه، أن الوضوح والدقة اللذان يرافقان عملية التدوين، يسهلان تطبيق وتفسير الأحكام المعنية (4).

ومع ذلك، ألا يمكن أن يكون التدوين مدعاة لجمود القانون، وبسبارة أخرى، يمتاز العرف بالمرونة وسرعة التأقلم مع الواقع، فهل يقضي التدوين على هذه القابلية؟

قبل الإجابة على هذا السؤال، ينبني الإطلاع على المبنى الحقيقي للتدوين. يسني التدوين من الناحية الإطلاعية "العملية التي تعد، التي إعلان قواعد القانون الدولي في شكل مكتوب، في إطار منظم، وبطريقة ملزمة للدول المشاركة، سوا تعلق ذلك بمجموع قواعد القانون الدولي أو بمادة معينة (5). لكن هل تبني الأجهزة المكلفة بالتدوين هذا التعريف؟

إن المادة (13) من ميثاق الأمم المتحدة، التي تكلمت عن التدوين، تضمنت تطوير القانون الدولي؛ وهو ما كرس في المادة (15) من نظام لجنة القانون الدولي بل أن هذه الأخيرة ذهبت إلى أبعد من ذلك حين لم تفرق بين التدوين والتطوير حيث قالت - بصدد المؤتمر الأول لقانون البحار سنة 1956 ما يلي: "إنه على الأقل في هذه المادة، يصعب التمييز بين العمليتين (التدوين والتطوير)" أي أن التدوين يتضمن قسطاً من التطوير التدريجي، وهو ما يفند المقولة القائلة بأن التدوين يجسد القانون.

(1) - QUADRI(R) , cours général de DIP, R.C.A.D.I, cit, 321.

(2) - Voir , GIRAUD (E) , ●P -cit , P: 768.

(3) - DAUDET(Y) , GP> cit, P:19.

(4) - VELLAS(P) , droit international public , cit , P: 95et voir, DAUDET (Y) , ibid, P: 03.

(5) - Voir , DAUDET(Y) , ibid, P:03.

(6) - جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي ... المشار إليهم 165.

إن التطوير هو الحلم الذي كان يحده البلدان النامية خلال مراحل مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار . وفي ذلك يقول الأستاذ صلاح الدين عامر : (1) " تركّز البحث في المؤتمر الثالث حول تطوير القانون الدولي التقليدي من خلال رغبة عارمة في صياغة قواعد جديدة . تتوافق مع روح العصر . وتستجيب لمتطلباته " لكن ما هي حدود التطوير الذي يصحب التدوين ؟ ينبغي أن لا نقالي في مناصرة التطوير الذي يصاحب التدوين ، لأنّ مقاليد اعتماد وتبني اتفاقيات التدوين (التوقيع والتصديق) يبقى دائما بيد الدولة ذات (السيادة) ومن ثم فإن مؤسسة التطوير تستعمل بحذر وعناية . وهو ما جعل البعض يعتبر هتين الصفتين تعرقلان تطور القانون الدولي (2) ، وجعل البعض الآخر يحاول ربط تطوير القانون بمدى تطور المجتمع الدولي . وهو ما نستبره إجابة في غاية المرونة والدقة . وفي ذلك يقول الأستاذ " جعفر عبد السلام علي " : (3)

" وهكذا يؤمن المجتمع الدولي ، بأن الوسيلة المثلى للتغلب على هتين المشكلتين (مشكلتي التغير الكمي والكيفي) هي تقنين القواعد القانونية الدولية . بحكم ما يحقق التقنين من وضوح القاعدة وتحديدها . وبحكم ما يوفره من تطوير للقواعد لكي تتماشى مع تطور المجتمع الدولي . " وذلك ما تم في إطار المؤتمر الثالث لقانون البحار ، الذي شهد بعض التقدم في بعض أحكامه ، كما بذلك بين التدوين والتطوير (4) .

تلك هي بعض المؤيدات الواضحة التي تدفع حركة التدوين إلى الأمام ، منطلقة من طبيعة القاعدة في ذاتها . فإهي الظروف الخارجية الداعية إلى التدوين

الفرع الثاني : المؤيدات المستمدة من محيط القاعدة الصرفية .

شهد المجتمع الدولي تغيرات كمية وكيفية ، في مرحلة ما بين الحربين العالميتين ، حيث ارتفع عدد الدول الأعضاء في الأسرة الدولية من جهة ، كما ظهرت أنظمة سياسية جديدة وتكتلات دولية عديدة (الكتلة الشرقية . الغربية . عدم الانحياز) ، ولكل

(1) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - الطبعة الأولى - القاهرة دار النهضة العربية - 1983 - ص 14 .

(2) - DAUDET (Y) , Op - cit , P: 05 .

(3) - جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي . الممار إليه ص 191 .

(4) - عبد الله الأشعل - دور مؤتمر الأمم المتحدة الثالث في إرساء القواعد

الصرفية لقانون البحار - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد (35)

كتلة مبادي* وتطلعات، تكاد تكون متناقضة لتطلعات الكتل الأخرى .
 وبالمثل أن المصروف يتكون من عمل الدول ، فإن أغلب قواعده تمولت في غياب جل أعطاء
 المجتمع الدولي في الوقت الحاضر . وترتب على ذلك إغفال مصالحهم ، إن لم نقل
 إهمالها . ولذلك كانت فكرة إعادة صياغة قواعد القانون الدولي تراود الكثير من
 هذه الأخصاص الدولية ، رغبة في إقامة قواعد أكثر كمالاً واستجابة لمتطلبات العصر⁽¹⁾
 خاصة البلدان النامية . ونجم عن ذلك تبني مواقف متعارضة⁽²⁾ بين الدول النامية
 والدول المظني من جهة ، وبين الدول الرأسمالية والدول الاشتراكية - وعلى رأسها
 الاتحاد السوفياتي - من جهة ثانية . وكان الحل الأمثل لهذه الأزمة القيام بعملية
 التدوين⁽³⁾ تشارك فيه كافة الدول المنتهية إلى حضيرة الأمم المتحدة .
 وبعبارة أخرى ، فإن التدوين أصبح من متطلبات الواقع⁽⁴⁾ غير أن هذه
 العبارة تحتاج إلى تعليق . إذ ألم يكن واقع ما قبل وبعد العشرينات يتطلب
 التدوين ؟

المعروف أن عصبة الأمم حاولت منذ السنوات الأولى أن تنزع حركة التدوين ،
 ولكنها منيت بالفشل الذريع - وللأسف - في مؤتمر لاهاي سنة 1930 . فما السبب
 في تفهقر حركة التدوين مع وجود متطلباته ؟

يعزو الأستاذ " AGO Roberto " سبب ذلك الفشل إلى سوء تحضير مؤتمر لاهاي سنة
 1930 حيث لم تجتمع اللجنة سنوي ثلاث مرات ولمدة أسبوع لكل منها⁽⁵⁾ .

وبعبارة أخرى ، فإن مقترحات اللجنة ومشاريعها ، كانت غير متناسبة مع
 واقع متطلبات العصر ، في ظل ما تقبل به الدول . وكان الأفضل أن تنبثق المقترحات
 من المناخ الدولي ، لكن ما هو المناخ الذي يدعم حركة التدوين ؟
 يذكر الأستاذ " صلاح الدين عامر " عدة عناصر تدل على توفر المناخ للقيام
 بعملية التدوين ، نذكر منها ما يلي :

(1) - GARNER (JW) , le developpement et les tendances récentes de droit

international, R. C. A. D. I., 1931, I, X, T. 25, B16, Paris, GADORET, 1932, page: 677.

(2) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - المشار إليه ، ص 66 و 67

- وانظر كذلك تقرير : AGO (R) , la codification de droit international et les problèmes de sa réalisation , Melanges GENY , GENEVE, Tribune, année 1968, P: 93 - 95.

(3) - جعفر عبد السلام - وظيفة لجنة القانون الدولي . المشار إليه ، ص 191 .

(4) - DAUDET (Y) , Op - cit , P. 63, C 2

(5) - AGO (R) , ibid , P: 102.

1 - التقدم العلمي والتقني : وهو سمة العصر في كافة المجالات ، حيث أدى إلى قلب الموازين ، وطرح العديد من التساؤلات ، حول العديد من قواعد القانون الدولي التقليدية ، ابتداءً من امتداد المياه الإقليمية ووصولاً إلى الطبيعة القانونية لأعالي البحار (1) .

2 - ظهور الدول الجديدة وبروز السالم الثالث : حيث يتجاوز أعضاء منظمة الأمم المتحدة حالياً ما قدره ثلاثة أعضاء عدد الدول المساعمة في إنفاذ المنظمة سنة 1945 (حوالي 159 دولة حالياً) . وأغلب هذه الدول صغيرة ، ولذلك عمدت إلى توحيد جهودها للدفاع عن مصالحها المشتركة على الأمد السياسي والاقتصادي والقانونية . ورأت ضرورة إتجاه قواعد القانون الدولي إلى " العمل على إزالة الكثير من أوجه الظلم والجور الذي تعرض له جانب كبير من شعوب تلك الدول ؛ التي ظلت تزوج تحت نير الإستعمار ... تمكنت خلالها الدول الإستعمارية استنزاف مواردها وتخريب اقتصادها ... " (2) .

3 - التطلع إلى إقامة نظام اقتصادي دولي جديد :

لقد اتضح للميان جور النظام الاقتصادي الدولي الحالي ؛ حيث انخفض أسعار المواد الأولية ، وارتفعت أسعار المواد المصنعة ، مقابل انخفاض معدلات الإنتاج والنمو لدى البلدان النامية . وهو ما أدى إلى حصول ثلاثة أرباع (3/4) سكان العالم - وهم يشكلون العالم الثالث - على نسبة قدرها (5%) من العائد العالمي . كما أدى كذلك إلى انخفاض دخل الفرد في العالم الثالث انخفاضاً رهيباً يتدرج بحوالي واحد على ثمانية عشرة (1/18) بالمقارنة مع دخل الفرد في البلدان المتقدمة ... (3)

لقد حفّز هذا الجور الدول النامية للبحث عن نظام بديل ، وتبين لها أنه لن يتحقق ذلك إلا بإعادة النظر في القانون الحالي ، والتدوين بما يتضمنه من تطویر نحو إحدى السبل المحققة لذلك كما يبدو .

(1) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - ص 15 - 17 .

(2) - صلاح الدين عامر - نفس المرجع - ص 19 .

(3) - صلاح الدين عامر - نفس المرجع - ص 22 . وانظر محمد بجاري - من أجل

نظام اقتصادي دولي جديد - ص 28 .

4 - العمل الدولي المتضارب :

المعروفة، أن مواقف الدول كثيراً ما تتضارب بشأن موضوع معين ، ففي ميدان البحار مثلاً ، نلاحظ تضارباً كبيراً في مواقف الدول في تحديد مياهها الإقليمية حيث يتراوح البعد الذي تتسأ به الدول من ثلاثة أميال⁽¹⁾ إلى مائتي (200) ميل بحري⁽²⁾. وهذا تضارب كبير يدعو إلى إعادة النظر في أحكام اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي ، ويدعو كذلك إلى تبني مواقف توفيقية بين هذا وذاك .

5 - تطور القانون الدولي المعاصر :

بينما كان القانون الدولي التقليدي يهتم بالدول ، أصبح يهتم بالمجتمع الدولي ، ويتناول الفضاء ، التلوث ، استغلال قيعان البحار والمحيطات ، حماية البيئة ... بالدراسة .

وبينما كان يهتم فقط بالدول باعتبارها المصن القانوني الدولي الوحيد ، أصبح يدرس ويعترف للمنظمات الدولية وحركات التحرير الولائية بالمشاركة في أعمال المؤتمر الثالث⁽³⁾ لقانون البحار .

6 - وجود أجهزة :

يضاف إلى ما سبق من العناصر ، أن الأمم المتحدة تبنت مهمة تدوين وتطوير القانون الدولي ، حيث أنشأت الأجهزة المكلفة بتلك المهمة ، وعلى رأسها لجنة القانون الدولي ، واللجان الخاصة والمؤتمرات التي تدعو الجمعية العامة إلى انعقادها وتمتد على أشغالها . وهذا ما تم في عدة أعمال تدوينية . لكن ما هو السند القانوني لهذا التطور .

إذا كان القانون الدولي التقليدي يستمد الحقوق المكتسبة ، التي تتركس ثبات المراكز القانونية و"جمود" القانون ، من بين أسسه . فإن نظرية تغير الظروف اقتضت ميدان القانون الدولي ، وأصبحت من مبادئه العرفية ، حيث قالت لجنة القانون الدولي بمدد المادة (62) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 ، بأنه توجد عدة أدلة تثبت وجود هذا المبدأ في القانون العرفي⁽⁴⁾ .

وبذلك تتوفر الأسانيد السياسية والاقتصادية والقانونية لتدوين وتطوير المرفق .

(1) - متنا : ألمانيا وأستراليا والدانمارك وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية ،

(2) - منها : الأرجنتين ، البرازيل ، الإكوادور ، بنما ، بيرو ، الصومال . راجع في ذلك صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - ج 1 ، ص 25 ، 26 .

(3) - عبد الله الأشعل - المرجع السابق - ص 59 .

(4) - THIERRY (H) ، Op cit ، P: 128 .

المبحث الثاني

مخالفات تدوين السر

رغم أن تدوين أحكام القانون الدولي يعتبر حديث النشأة بالمقارنة مع لقانون الداخلي، فإنه شهد محاولات عديدة ومتنوعة من حيث القيمة القانونية ومن حيث التقنية المتبعة.

المطلب الأول: أنواع المخالفات.

هناك مخالفات الأفراد، ومخالفات المؤسسات العلمية والمؤتمرات الدبلوماسية، وكذا مخالفات المنظمات الدولية. وإذا أردنا تقسيمها من حيث القيمة القانونية فاننا نجدنا تنفرح إلى المخالفات الفقهية والمخالفات القانونية.

الفرع الأول: المخالفات الفقهية.

يدخل ضمن هذه الفئة مخالفات الأفراد ومخالفات المؤسسات العلمية.

الفقرة الأولى: المخالفات الفردية.

إن أولى المخالفات الجدية لتدوين العرف كانت محاولة "بنجام" في إنجلترا سنة 1789، ثم تلتها محاولة "أبي قريشوار" في فرنسا سنة 1795⁽¹⁾.
تزايدت المخالفات في القرنين التاسع عشر والعشرين، ففي الأول ظهرت عدة مخالفات، ابتداءً من سنة 1846 ووصولاً إلى 1895. أولها من محاولة "إسبان دو فيراتر" سنة 1847، حيث أصدر كتاباً يحتوي على (414) مادة، تحت عنوان "تقنين القانون الدولي". غير أن الكاتب الذي ناصر التدوين بحماس ودعا إليه هو الأستاذ "ديميتري إيفانوفيتش" الذي أصدر أطروحتين: الأولى سنة 1858 والثانية سنة 1862 وألح على ضرورة التدوين عن طريق تكوين لجنة من علماء القانون في البلدان المتحضرة.

لقد صادفت سنة 1858 صدور كتاب "علم تقنين القانون الدولي"، للكاتب الإيطالي "أوغيسكو بارولدو" متضمناً (555) مادة، وصدور كتاب "مختصر القانون الدولي" للأستاذ النمساوي "فان دو مان بيترو شيفسكي" سنة 1861.

(1) - DAUDET(Y) , Op -cit, P: 03.

(2) - MATEESCO (N) , Op- cit , P: 305 -308 et voir DAUDET(Y), ibid ,P:3

وفي سنة 1863 طبع " لييبير " في الولايات المتحدة الأمريكية ما يشبه تفسير
الحرب البرية ، وتم تطبيق أحكامه في حرب الانفصال .

بعد هذه المحاولات نصل إلى محاولة الأستاذ " بلانتشيلي " بسويسرا والتي
تعتبر أكبر المحاولات حيث احتوت على (862) مادة ، وتم نشرها سنة 1866 .
بدأ التركيز على التدوين بصورة أكثر⁽¹⁾ منذ سنة 1872 حيث أصدر الكاتب البلجيكي
" أدريان جوزيف بارا " كتابه " علم السلام " ، وأصدر " بوبليغ فيولد " الأمريكي
في نفس السنة كتابا يحتوي على (1008) مادة ، ترجم إلى الفرنسية تحت عنوان :
" مشروع تقنين القانون الدولي "

وأخيرا نصل إلى أضخم محاولة يقدمها " باسكال فيوري " حيث أصدر في إيطاليا
سنة 1890 كتابا بعنوان " تقنين القانون الدولي " يحتوي على (1895) مادة .
لو تتبعنا هذه المحاولات لوجدناها تمركزت حول جميع المواد ، ومحاولة التوسع
فيها . فبعدما وضع الأستاذ " أبي قريقوار " مشروعاً يتألف من (21) مادة ، نجد الأستاذ
" باسكال فيوري " وصل إلى (1895) مادة . فهل تستمر هذه الظاهرة بحلول القرن
العشرين ؟

شهد القرن العشرين عدة محاولات⁽³⁾ ، فمنذ السنوات الأولى قام " دو بليكسيس " بفرنسا بإصدار كتابه " مشروع تقنين القانون الدولي " سنة 1906 ، متضمنا (786)
مادة ، ثم جاءت محاولة الأستاذ " جوروم ألتيرنوسيا " الكندي بعنوان :
" التقنين الجديد للقانون الدولي " متضمنا (5657) مادة .
إلى هذا التاريخ لإزال أسلوب القرن التاسع عشر ميطرا . لكن نقطة التحول
بدأت مع محاولة الأستاذ الميللي " ألفاريز " الذي أصدر كتابا يتناول المبادئ
الأساسية للتدوين ، أسماه : " تقنين القانون الدولي " ، وأصدره سنة 1912 . ثم
محاولة " كلسن " الذي أصدر مؤلفه في ثلاثة حجوم : الأول سنة 1911 تعرض فيه
للتاريخ والمقدمة ، والثاني سنة 1917 ، تناول فيه القانون الدولي العام ،
والثالث سنة 1920 وخصصه للقانون الدولي الخاص .

(1) - MATEESCO(N) , Op - cit , P: 308 ..

(2) - MATEESCO(N) , ibid , P: 308.

(3) - MATEESCO(N) , ibid , P : 309 .

- بدأت محاولات الأفراد تقضاهل بظهور المنظمات الدولية في بداية العشرينات.
- وجدير بالذكر أن كل المحاولات الفردية لم يتم تبنيها باستثناء • محاولة الأستاذ " BUSTAMANTE " الكوبي • التي تبناها مؤتمر " بان أمريكيان" في الدورة السادسة المنعقدة في عافانا سنة 1928 • ومنع ذلك تبقى كل المحاولات ذات قيمة فتهية لايمتهان بها لإفاداة أية محاولة تدوين مستقبلية •

الفقرة الثانية : محاولات المؤسسات العلمية •

- أحدث الإهتمام بالتانون الدولي في القرنين التاسع عشر والعشرين بظهور عدة مؤسسات علمية تتناولها بالدراسة والتعطيل • نذكر منها ما يلي (1) :
- معهد القانون الدولي وتم تأسيسه سنة 1873 •
- جمعية القانون الدولي • انشئت في بروكسل سنة 1873، وتم تعديلها وتنظيمها سنة 1895 •
- اتحاد ما بين البرلمانات، أسس سنة 1884 •
- الجمعية الأمريكية للقانون الدولي • وقد ظهرت سنة 1906 •
- المعهد الأمريكي للقانون الدولي وتم تأسيسه سنة 1912 بواشنطن •
- جمعية " غروسيسوس " ولدت في لندن سنة 1915 •
- الجمعية الألمانية للقانون الدولي وظهرت سنة 1917 •
- المعهد القانوني الدولي " institut juridique international " أسس في لائبي سنة 1919 •
- جمعية " فرانيسكو دو فيتوريا " انشئت عام 1926 بمديرد •
- أكاديمية القانون الدولي وانشئت في بداية العشرينات •
- جمعية " الشيباني أبو الحسن " للقانون الدولي وانشئت بألمانيا •
- الجمعية المصرية للقانون الدولي وظهرت بعد الحرب العالمية الثانية •
- جامعة سارفارد •

(1) - راجع في ذلك : THIERRY(H) ; Op-cit , P: 110. et voir MATEESCO (N) - droit international public , cit , P: 125 /

تتقدم هذه المؤسسات بيد المساعدة للراغبين في التدوين ، عن طريق إصدار الدوريات السنوية " les annuaires " وتنظيم الملتقيات ، وإصدار الكتب . بل أنها تعتمد أحياناً إلى نشر مشروع تدوين لمادة معينة .

وهكذا ، فإن أكاديمية القانون الدولي تصدر دواوين الدروس . وفي سنة 1973 كانت قد أصدرت (137) حجماً ، تشمل (753) درساً⁽¹⁾ وبلغ عدد الحجوم سنة 1982 (172) حجماً . وجدير بالذكر أن هذه الدروس متنوعة من حيث طبيعتها⁽²⁾ . فبينما نجد البعض منها يتعلق بالأسس التاريخية للقانون الدولي ، فإننا نجد البعض الآخر يستني بتطوره ، وأثر العقيدة عليه .

يدخل ضمن هذا النشاط نشر الوثائق الإعلامية ، الكتب والدوريات السنوية للأعمال ، كما تفضل عدة مؤسسات تذكر منها الجمعية الألمانية وجمعية فرانيسكو دو فيتوريا على سبيل المثال .

غير أن الأكثر قرباً من التدوين ، هي المشاريع التي تقدمها بعض المؤسسات ، حيث قدم معهد القانون الدولي عدة مشاريع نذكر منها : مشروع موز تشريع الحرب البرية والحرب البحرية (سنتي 1880 و 1931) وإعلان الحقوق الدولية للإنسان ، اتساع التحكيم الإلزامي ، وثيقة الطبيعة القانونية للأراء الإستثمارية للمحكمة الدائمة للعدل الدولية ، كما قدم سنة 1924 مشروع تقنين للقانون الدولي للسلم ، ونشر سنة 1925 تقنيناً خاصاً بالقانون الدولي الخاص ، على غرار مشروع القانون الدولي الجوي ، الذي تقدم متببه جمعية فرانيسكو⁽⁴⁾ دو فيتوريا .

الفرع الثاني : المحاولات القانونية .

نقصد بالمحاولات القانونية . تلك المساولات التي تحوز على قيمة معينة من القوة الإلزامية ، أو المفروض أنها تحصل عليها . وتبعاً ، فإننا ندرج المحاولات الدبلوماسية ومداولات المنظمات الدولية تحت هذا العنوان .

- DUPUY (RJ) , la contribution de l'academie au developpement du _ (1)
droit international , R.C.A.D.I, 1973 I , T : 138, leyde AW Sijthoff
1973, P: 53.
- DUPUY (RJ) , ibid , P: 55. (2)
- DAUDET (Y) , Op - cit , P: 04. et Voir MATEESCO(N) , 6p-cit, (3)
page : 314.
- MATEESCO(N) , ibid , P: 310. (4)

الفترة الأولى : محاولات التجمعات الدبلوماسية .

أولى الحكام أهمية خاصة لمعرفة أحكام القانون الدولي في مطلع القرن التاسع عشر . وهكذا بنيت " الإسكندر الأول" بمذكرة إلى " PITT " وزير خارجية بريطانيا ، يصبر فيها عن رغبته في تكوين جامعة الحكام "la ligue des souverains" لإنشاء قانون الشعوب . وكان أوّل تجمع دبلوماسي انعقد تحت اسم مؤتمر فيينا عام 1815⁽¹⁾ ، ثم انعقد مؤتمر بروكسل سنة 1874 . وتم تدوين مجموعة من الأعراف العرفية⁽²⁾ . وانعقد مؤتمر لاهاي الأول سنة 1899 بحضور (27) ممثل دولة ، وتم التوقيع فيه على ثلاثة إعلانات : تنصّية النزاعات بالطرق السلمية ، تدوين أعراف الحرب البرية ، تبني اتفاقية جنيف لعام 1864 حول الحرب البحرية . وانعقد مؤتمر لاهاي الثاني سنة 1907 ، وتمخض عن إبرام (14) اتفاقية خلال مدة انعقاده ، التي امتدت من (15) جوان إلى (18) أكتوبر من سنة 1907 .

وبعد زعماً سنة ، انعقد مؤتمر بلندن⁽³⁾ جمع عشرة دول بهدف تدوين أعراف الحرب البحرية ، وانتمى بما يسمى بـ " إعلان لندن " . هذا على الصعيد العالمي ، أما على الصعيد الإقليمي ، فإن مؤتمرات اتحاد " بان أمريكيان " أبدت الجديدة أكثر لتدعيم حركة التدوين⁽⁴⁾ . حيث قدم ممثل " البيرو " مشروعاً للتدوين في أول مؤتمر بينهما سنة 1826 ، وتقرر إعداد مشروع تقنين للقانون الدولي العام ، وآخر للقانون الدولي الخاص سنة 1992 . وابتداءً من سنة 1923 تقرر إعداد مشاريع اتفاقيات ، وهكذا تم تبني مشروع " ألفاريز " و " BUSTAMENTE " . بالإضافة إلى اعتماد (7) اتفاقيات من بين الإثني عشرة مشروعاً المقدمة إلى المؤتمر المنعقد بـ بافانا عام 1928 . وتجم في المؤتمر السابع سنة 1933 اعتماد اتفاقية حقوق وواجبات الدول ، اللجوء السياسي ، جنسية المرأة ، تسليم المجرمين .

(1) - تناول حرية الملاحة في الراين ، تدرج الدبلوماسيين ، تحريم الاتجار بالرقيق .

(2) - MATEESCO(N) , la coutume source de droit international, cit, P311.

(3) - LHULLIER (J) , Element de droit international public , cit, P:228,229

(4) - DAUDET (Y) , les sources de droit international, J.C.D.I,

fasc 13D , cit , P: 04 et voir MATEESCO(N) , ibid , P: 314.

الفقرة الثانية : محاولات المنظمات الدولية .

أولت عصبة الأمم الإهتمام بموضوع التدوين منذ سنة 1924 . وتمخبر هذا الإعتنا * بانعقاد مؤتمر لاهاي 1930 تحت رعايتها ، تمت فيه دراسة المسائل الآتية :

الجنسية ، البحر الإقليمي ، المسؤولية الدولية . وانتهي المؤتمر بتبني أربع اتفاقيات تتعلق بالجنسية ، دون انضمام كافة الدول الأعضاء * في المصيبة إليها ، مما أضر دخولها مرحلة النفاذ إلى سنة 1937 . أما الموضوعين الآخرين فقد أديا بالمؤتمر إلى الفصل الذريع⁽¹⁾ ، ولذلك نجد جمعية العصبة لم توضع حتى باستمرار المحاولة في المستقبل⁽²⁾ .

رغم الفصل الذي مني به مؤتمر لاهاي الأخير ، فإن الرغبة في التدوين لازالت موجودة لدى المنظمات الدولية ، والدليل على ذلك ما قامت به منظمة الأمم المتحدة - خليفة العصبة . حيث جاء في المادة (1/13) من الميثاق ما يلي :

” تثير الجمعية العامة الدراسات وتصدر التوصيات لفرض :

أ- تطوير التعاون الدولي في الميدان السياسي وتشجيع التقدم المضطر للثقانون الدولي وتدوينه . ”

والملاحظ أن هذه المادة احتوت على مفهومين متداخلين هما : ” التدوين ” و ” التطوير ” . أما التدوين فينصب على القواعد القائمة ” lex lata ” وأما التطوير فإنه ينصب على ما يجب أن يكون ” lex ferenda ” . بلبقا لنظام لجنة القانون الدولي⁽³⁾ . غير أن هذه الأخيرة أوضحت صوبة التمييز بينكما ممن الناحية العملية . واعتبرت بأن كل تدوين يحتوي حتما على حد أدنى من التطور التدريجي للقانون⁽⁴⁾ .

هذا ، ونشير إلى أن المادة (22) من الميثاق منحة الجمعية العامة مكنسة لإنشاء الأجهزة الفرعية ، التي ترى بأنها ضرورية لممارسة ممتها . وتبعا لذلك قامت الجمعية العامة بإنشاء لجنة القانون الدولي ، بمتنضى التوصية رقم (174) المؤرخة في 1947/11/21 ، وأسندت إليها مهمة إعداد مشاريع

(1) - عبد الله الأسل - دور مؤتمر الأمم المتحدة . . المفاثرليه - ص 47 .

(2) - MATESCO (N) , Op - cit , P: 317 .

(3) - راجع في ذلك المواد من 16 إلى 23 من نظام لجنة القانون الدولي ، التي تحم التقنية الخاصة للتدوين والتقنية النامة بالتاور المضطرد .

(4) - thierry (h) , Op - cit , P: 126 .

لتدوين القانون الدولي ، بعد عرضها على مؤتمرات دولية (1)
بدأت اللجنة عملها سنة 1949 وأصدرت عدة أعمال منها : (2)

- مشروع إعلان حقوق وواجبات الدول كأول نشاط قامت به اللجنة سنة 1959 ، مبادئ
القانون الدولي المكرسة من طرف محكمة " نورنبورغ " سنة 1950 ، ومشروع تقنين
الجرائم ضد السلم والأمن الإنساني سنة 1951 ، وتمت مراجعته سنة 1953 .
كما قامت بإعداد مشاريع اتفاقيات دولية تم تبنيها في مؤتمرات دولية لاحقة .
نذكر منها (3)
- اتفاقية جنيف لعام 1958 حول البحر الإقليمي ، الجرف القاري ، أعالي البحار ،
الصيد وصيانة الثروات الحية في أعالي البحار .
 - اتفاقية التقليل من عديمي الجنسية سنة 1961 .
 - اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية سنة 1961 والعلاقات القنصلية سنة 1963 .
 - اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 .
 - اتفاقية المهمات الخاصة سنة 1969 .
 - اتفاقية تمثيل الدول لدى المنظمات الدولية سنة 1975 .
- هذا ، ونشير إلى أن الجمعية العامة عمدت إلى إنشاء لجان متخصصة لدراسة
مواضيع معينة ، نذكر منها على الخصوص لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري
الدولي " C.N.U.D.I.O " المنعقدة سنة 1966 ، ولجنة الاستخدامات السلمية للأعماق
البحار والمحيطات التي تم تشكيلها في أواخر سنة 1967 ، ولجنة ترميز العبدوان
التي ظهرت عام 1974 .
- هذا ونشير إلى أن لجنة الاستخدامات السلمية للأعماق البحار والمحيطات قامت
بتحضير قائمة المواضيع التي درسها المؤتمر الثالث لقانون البحار ، والتي
تمنضت في شكل اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الجديد سنة 1982 ، بعد
سلسلة من الدورات امتدت من سنة 1973 إلى 1982 .

(1) - محمد سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام - المشار إليه من 284 .

(2) - DAUDET (Y) , Op - cit , P: 07 et voir AGO (R) , Op - cit ; P:110

(3) - DAUDET (Y) , ibid , P: 7-15 et voir AGO(R) , ibid, P: 110-111 .

(4) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - المشار إليه من 46 .

المطلب الثاني : التقنيات المتبعة في محاولات التدوين

تبعا لما جاء في المطلب الأول ، يمكن القول بأن المطاولات الفقهية تعتمد تقنية واحدة ، تتمثل في إصدار كتب ونشرات تتعلّق بالقانون الدولي والتي تأخذ شكل تقنيات في أغلب الحالات . وإذا كنا لا نريد الدخول في هذه البحوث والدراسات ، فإننا نركز على المؤتمرات والمنظمات الدولية .

الفرع الأول : التقنية المتبعة من طرف مؤتمرات " بان أمريكان "

عقد اتحاد " بان أمريكان " ثمان مؤتمرات ، في المدة الممتدة من 1826 تاريخ انعقاد المؤتمر الأول في بنما ، إلى سنة 1938 تاريخ انعقاد مؤتمر ليما . لقد انتقد بعض الكتاب هذه المؤتمرات ، بقولهم بأنها خاضت في مقامات الأنظمة المفصلة للإجراءات ، أي في تحديد التقنية المتبعة للتدوين ، مما زاع بها عن هدفها المتمثل في تدوين القانون الدولي⁽¹⁾ . فهاهي التقنية المعتمدة من طرف هذه المؤتمرات .

في المؤتمرين الأول لسنة 1826 والثاني في مكسيكو سنة 1902 ، اعتمدت تقنية المطاولات الفقهية ، حيث قدم ممثل البيرو مشروعا للتدوين . وابتداء من المؤتمر الثالث المنعقد في " ريو دي جنيرو " عام 1906 ، بدأ التفسير بانها لجنة دولية من الفقهاء ، تتكون من مندوب واحد لكل دولة ، الضمن منها⁽²⁾ أعداد تقنين دولي .

وفي المؤتمر الخامس المنعقد سنة 1923 في " سانتياغو " ، أوكلوا إلى لجنة الفقهاء مهمة إعداد مشاريع الإتفاقيات ، وليس إعداد التقنين كما كان مقررا من قبل . وهكذا قدمت اللجنة إثني عشرة مشروع إتفاقية ، تم اعتماد سبع إتفاقيات منها ، في المؤتمر السادس المنعقد بها فانا سنة 1928 . كما تم تضيير طريقة العمل بتدعيم لجنة الفقهاء بثلاث لجان⁽³⁾ .

(1) - من مؤلفه " جورج سال " و " باديفان " للإطلاع على ذلك راجع :
- JULIEN-LAFRIERE(F) , Organisation des Etats americains, France, PUF
1972, P:8 -11. ainsi que MATEESCO(N) , Op -cit , P316.

(2) - MATEESCO (N) , ibid , P: 313.

(3) - الأولى تهتم بالقانون الدولي العام مقربا بشريودي جنيرو ، والثانية تختص بالقانون الدولي الخاص ومقرها ب " مونتفيدو " والثالثة تتناول القانون المقارن ومقرها في " بافانا " .

وفي المؤتمر السابع المنعقد في " مونتفيدو " سنة 1933 تم تعزيز (1) هيكل
الإتحاد بتكوين صنفين من اللجان :

تتمثل الأولى في لجنة الخبراء ، التي تتكون من سبعة أعضاء ، وتخضع مباشرة
للجنة الفقهاء الدولية " commission internationale de jurisconsultes " .
بينما تمثلت الثانية في اللجنة الوطنية لكل دولة عضوة ، مما أمد الإتحاد بعدة
لجان وطنية ، تتكون من موظفي وزارة الخارجية أو رجال القانون المؤهلين ، وتقوم
بالتحضير لعملية التدوين .

كما تمت المصادقة - في هذا المؤتمر - على عدد من الإتفاقيات (حقوق
وواجبات الدول ، اللجوء السياسي ، جنسية المرأة ، تسليم المجرمين) .

وفي الدورة الثامنة المنعقدة عام 1938 في " لسيخا " تم تبني توصية الدورة
التحضيرية المنعقدة بـ " بيونس ايرس " سنة 1936 فيما يتعلق بمنهجية العمل .

كما تم تغيير لجنة الفقهاء الدوليين إلى مؤتمر دولي للقانونيين الأمريكيين ،
مفتمته القيام بمراجعة وتنسيق وتصديق وتعديل ورفع المشاريع المقدمة من طرف لجنة
الخبراء (2) ، عندما ترى لجنة إدارة الإتحاد الوقت المناسب لتدوين موضوع ما .

وهكذا أصبح العمل يتم بالطريقة الآتية : (3)

تقوم اللجان الوطنية بتحضير عمل ما ، ثم ترسله إلى إحدى اللجان الدائمة ، تبعا
لطبيعة الموضوع ، تقوم هذه الأخيرة بدراسة الموضوع ثم ترسله إلى لجنة الخبراء

التي تنقحه ثم تعرضه أمام إتحاد " بان أمريكيان " للتصديق . وأخيرا يعرض
المشروع أمام المؤتمر الدولي للقانونيين الأمريكيين ليأخذ صيغته النهائية .

وبعد إبرام ميثاق " بوغوتا " سنة 1948 تغير أسلوب العمل في الل منظمة
الدول الأمريكية ، حيث أوجدت الهيكل الآتية : (4)

- المؤتمر . - مجلس منظمة الدول الأمريكية ، مجلس الفقهاء ما بين الأمريكيين
وهو جهاز تابع لمجلس المنظمة ، اللجنة الدائمة وتتكون من تسعة أعضاء يختارهم
مجلس الفقهاء الأمريكيين ، وأخيرا اللجان الوطنية .

(1) - DAUDET(Y) , les sources de droit international, cit , P: 4 et

Voir , MATEESCO(N), la coutume source de droit international, cit,
page! 314.

(2) - DUPUY(R.J) , Le nouveau panaméricanisme (l'évolution du système -
inter américain vers le fédéralisme) , PARIS , Pédone 1956, P:144.

(3) - MATEESCO(N) , ibid , P: 315.

(4) - DUPUY(R.J) , ibid , P:144, et voir ; JULIEN LAFERIERE(F), Op-cit, P:14.

ويتم العمل بالطريقة الآتية: (1)

تقوم اللجنة الدائمة بدراسة وتحضير النقاط التي تثيرها مختلف أجهزة المنظمة أو تبادر بها إليها، وتستعين في ذلك بخدمات اللجان الوافية ومعهد القانون الدولي والمؤسسات المتخصصة. وعندما تقوم اللجنة بإرسال مشروعها إلى مجلس الفقهاء ما بين الأمريكان، الذي يعد جهتاً للاستشارة القانونية وميكلاً للتدوين، بحيث يعرض المشروع أمام المؤتمر للتصديق.

صحيح أن محاولات اتحاد «بان أمريكان» اهتمت كثيراً بالتقنية المتبعة للقيام بعملية التدوين، وكثيراً ما ترددت وتراجعت عما قرره من قبل، غير أن ذلك أيفرغ الجحالات والجهد المبذول من الأثر الإيجابي.

وفي الحقيقة، فإن العيب الذي يثوب هذه المعاولات، يتمثل في طغيان الجانب التقني في تكوين الأجهزة، حيث نجد المؤتمر ومجلس الفقهاء ما بين الأمريكان يتكونان من ممثلي الدول، الأمر الذي يقلل من أهمية هذه الأجهزة. غير أن ذلك لا يبرر هذه المعاولات من أية قيمة عملية. وهكذا نجد المؤتمر الثالث لقانون البحار قد تأثر بفكرة اللجان الخاصة التي اعتمدها الإتحاد في مرحلة ما قبل ميثاق «بوغوتا» (2). بل إن لجنة القانون الدولي تأثرت بذلك حين عمدت إلى تكوين ثلاثة لجان (الأولى لأوروبا، الثانية لآسيا، الثالثة لإفريقيا وأمريكا اللاتينية) بصدد تدوين أمراء التجارة الدولية.

الفرع الثاني: التقنية المعتمدة من إرادة العصبة وظيفتها من منظمة الأمم المتحدة

ظهرت الرغبة لدى العصبة في القيام بالتدوين منذ سنة 1924، حين طلبت الجمعية من مجلس العصبة تعيين لجنة خبراء (3)، تكلف بتحديد المواضع القابلة لإبـرام اتفاقيات دولية بشأنها (4). وتحولت هذه اللجنة إلى لجنة دائمة سنة 1929، واقترحت إحدى عشرة موضوعاً قابلاً للتدوين، غير أنه وبعد عدة مشاورات لم يبق سوى ثلاثة مواضع هي: الجنسية، البحر الإقليمي، المسؤولية الدولية.

(1) - DUPUY (R.J), Le nouveau panamericanisme, cit, P: 145/146.

(2) - KOPELMANAS (L), la codification des coutumes du commerce internat-

ional dans le cadre des commissions régionales, A.F.D.I; 1955, France, C.N.R.S, 1955. P: 371.

(3) - تتكون من (17) عضواً.

(4) - L'huillier (J), Op-cit, 229-230 et voir, MATEESCO (N), Op-cit,

Page: 316, ainsi que DAUDET (Y), Op - cit, P: 04.

كلتجسية العصبة لجنة مصفرة تتكون من خمسة أعضاء* بتقديم تقرير حول تقدم الأفعال بشأن المواضيع الثلاثة ، وأن تطلب المعلومات والإقتراحات من الحكومات . قامت هذه اللجنة المصفرة بدراسة إجابات الحكومات سنة 1929 ، وشكلت ورشة المفاوضات ، تم إرسالها إلى الحكومات والاستدعاء* لانتقاد مؤتمر لانهائي سنة 1930 . إن النقطة الجديدة في تقنية العصبة هي اختيار المواضيع ، التي يمكن تدوينها . وجدير بالملاحظة أن هذه النقطة لها أهمية أساسية في تحقيق عملية التدوين ، حيث لا يمكن إبرام اتفاقية في مادة تغتلف الدول بشأنها ، خاصة وأن العصبة تستمد على الإجماع في اتخاذ قراراتها ، بل أنه يصب إجماع اتفاقية حتى ولو كانت قاعدة الأغلبية هي القاعدة المعمول بها .

ورغم فشل هذا المؤتمر ، فإن منظمة الأمم المتحدة لم تفقد الأمل في تحقيق أو على الأقل المساعدة في تحقيق التدوين ، حيث نص الميثاق على " تشجيع تطور القانون الدولي وتدوينه " ، ولبقا للمادة (22) منه* تم إنشاء لجنة القانون الدولي⁽¹⁾ ، وتكونت في البداية من (15) عضوا ثم (21) سنة 1956 وارتفع عدد الأعضاء سنة 1961 إلى (25) عضوا بفضل قرار الجمعية العامة رقم 1647 (xvi) المؤرخ في 1961/11/06 .

تقوم الجمعية العامة بانتخاب رؤساء لعدة خمس (5) سنوات ، مع احترام التمثيل لكافة الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم ، ويمارس رؤساء وظيفتهم بصفة غير متفرغة ، وبصورة مستقلة عن الدول التي يحملون جنسيتها . يتم العمل على صعيد لجنة القانون الدولي بالطريقة الآتية :

تجتمع اللجنة في " جنيف " بمقر المكتب الأوروبي للأمم المتحدة لمدة تتراوح من (10) إلى (14) أسبوعا⁽²⁾ ، وفي كل دورة تنتخب مكثبا يتكون من رئيس ونائبين له ورئيس لجنة الصياغة ، وتعين مقررا .

تضخ اللجنة برنامج العمل بالنسبة لكل موضوع ، وتعين مقررا خاصا به . وقد يحدث أن تقوم لجنة مصفرة بمساعدة المقرر في مراجعة و تنسيق مختلف جوانب المشروع .

(1) - DAUDET(Y) , les sources de droit international, cit, P:06-07 et - THIERRY(H) , droit international public, .cit, P: 125.

(2) - DAUDET (Y) , ibid, P:07. -

يقوم المقرر بدراسة الموضوع من مختلف جوانبه⁽¹⁾، انطلاقاً من الأرضية المتوفرة (المرتبطة بالقضاء، الفقه) مع الأخذ بعين الاعتبار أجوبة الحكومات عن الأسئلة التي يوجهها لها. وعندما يُقدم تقرير المقرر إلى لجنة القانون الدولي، التي تقوم بدراسته، ثم يعرض التقرير النهائي على اللجنة السادسة (الجمعية العامة) في شكل مشروع اتفاقية.

تقوم اللجنة السادسة بدراسة المشروع، وترفعه إلى الجمعية العامة التي ترضى بعقد مؤتمر دولي لمناقشة المشروع وتبنيه، إذا كان يعكس موافقة الدول. والجدير بالذكر، أن الحكومات تتدخل ثلاث مرات: حين الإجابة عن الأسئلة، وحين مناقشة التقرير أمام اللجنة السادسة، وحين مناقشة المشروع أمام المؤتمر. هذا، وتجدر اللجنة (لجنة القانون الدولي) بسد المساعدة⁽²⁾ من طرف الأمانة العامة التي تنشر بعض الأعمال والبحوث، لتوضيح بعض النقاط (الظلم التاريخي حرية دخول الدول غير الساحلية إلى البحار، السفن التي ترفع العلم الأجنبي) وثامت بجمع العديد من الاتفاقيات المتعلقة بالبحار، كما أنها تستلم أجوبة الأسئلة الموجهة إلى الحكومات من طرف لجنة القانون الدولي.

هذا وتتمتع لجنة القانون التجاري الدولي طريقتاً تشبه طريقتاً لجنة القانون الدولي، رغم وجود فرق في عدد الأعضاء وصفاتهم. تتشكل هذه اللجنة من (36) عضواً سنة 1973، بعدما كانت تتكون من (29) عضواً آن انبثاقها سنة 1966. وهم يمثلون الحكومات، تنتخبهم الجمعية العامة من ذوي الخبرة ويتوزعون على خمس مناطق، وذلك على الشكل الآتي⁽³⁾:

- (9) ممثلين إقريقياً - (7) ممثلين آسياً - (5) ممثلين لأوروبا الشرقية.
- (6) ممثلين لأمريكا اللاتينية. - (9) ممثلين لأوروبا الغربية.

(1) - عبد الله الأمل - دور مؤتمر الأمم المتحدة .. المشار إليه - ص 49 وانظر

جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي .. المشار إليه - ص 194

وانظر كذلك: DAUDET(Y), Op-cit, PP: 07.09.11.

(2) - BADRE(K), Le rôle de l'ONU dans l'élaboration du droit de la mer,

Révue égyptienne de droit international; Volume 16 année 1960, P: 51.

- DAUDET (Y), ibid, P: 10.

(3) -

اعتمدت طريقة تكوين مجموعات صغيرة ، تمتثل خارج دورات اللجنة وتقدم أعمالها لهذه اللجنة التي تدرسها ، ثم ترفعها إلى اللجنة السادسة ، فالجمعية العامة كما هو معروف، في لجنة القانون الدولي .
 إن ما يمكن أن نلاحظه بصدد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي هو أن الأعضاء يمثلون الدول ، وأنه يتم اختيارهم من طرف الجمعية العامة بمراعاة الخبرة في الميدان التجاري ، وهذا ما يعتبر تحولاً في التقنية القديمة ، حيث بدأ عنصر السياسي يطغى على الجانب القانوني .
التقنية الجديدة المستمدة من طرف الأمم المتحدة :

اعتمدت منظمة الأمم المتحدة عدة تقنيات لتدوين أحكام القانون الدولي ، فأضحت لجنة القانون الدولي ، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري ، ثم اللجان الخاصة ، ومن هذه الأخيرة ظهرت تقنية جديدة ، هي تقنية المؤتمر الثالث لقانون البحار .

أنشأت لجنة الاستخدامات السلمية لقيعان البحار والمصيطبات سنة 1967 ، وفي 1969⁽¹⁾ أصدرت الجمعية العامة القرار (2574) دعت فيه الدول إلى البدء بآرائها حول انعقاد مؤتمر دولي للبحار ، وبناء على ردود الدول أصدرت القرار (2570) عام 1970 ، دعت فيه الدول إلى عقد المؤتمر المنعقد سنة 1973 . وطلبت من لجنة الاستخدامات السلمية لقيعان البحار والمحيطات الإعداد للمؤتمر ، وبذلك انقسمت إلى ثلاث لجان فرعية ، وقامت بإعداد مشروع من اثنتين وخمسين (52) مادة كانت بمثابة الورقة الأولى الموضوعة أمام المؤتمر . والملاحظ أن لجنة القانون الدولي لم تتدخل ، رغم أنها هي التي أعدت لمؤتمر البحار عامي 1958 و1960 .
 كيفما العمارة في المؤتمر الثالث لقانون البحار ؛
 نشير في البداية إلى أن المؤتمر الثالث يتوفر على عدة أجهزة تم تكريسها في الدورة الأولى المنعقدة سنة 1973 . والتي خصصت لتنظيم العمل .
 تتمثل هذه الأجهزة فيما يلي :⁽²⁾

(1) - عبد الله النعل - دور مؤتمر الأمم المتحدة الثالث في إرساء القواعد

المرقية لقانون البحار - المشار إليه - ص 59 .

(2) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - المشار إليه -

الصفحة من 42 إلى 46 .

1 - المكتب ، ويتكون من رئيس المؤتمر ونواب للرئيس وأعضاء مكاتب اللجان الرئيسية .

2 - ثلاث لجان .

3 - لجنة الصياغة .

4 - لجنة وثائق التفويض .

5 - أمانة المؤتمر .

لكن كيف يتم العمل ؟

لقد تم توزيع الأعمال على اللجان الثلاث على النحو الآتي :

أ - اللجنة الأولى وتقوم بدراسة النظام الدولي لقياسان البحار والمحيطات ، بالإضافة إلى الأبحاث ذات القيمة الأثرية .

ب - اللجنة الثانية وتهتم بالمسائل المتعلقة بالمياه الإقليمية والمنطقة المتاخمة ، المضائق والجزر القارية والمنطقة الاقتصادية الخالصة .

ج - اللجنة الثالثة وتنظر في المحافظة على البيئة البحرية ، والبحث العلمي ، تطور النقل ونقل التكنولوجيا .

واتبعت هذه اللجان طريقة تكرين لجان تفاوضية مؤقتة ، تختص كل واحدة

منها بمسألة معينة (1) . تقدم تقريرها إلى رئيس اللجنة الرئيسية . ثم

يقوم الرئيس بإعداد تقرير حول نشاط اللجان الفرعية ، بحيث يعكس هذا التقرير مختلفه الاوقات المثارة في تلك اللجان ، ثم يعرض هذا التقرير على جلسات

المؤتمر . وابتداءً من الدورة الثالثة سنة 1975 أصبح كل رئيس يقوم بإعداد

مشروع مواد يعكس المواثيق الأساسية في اللجنة الرئيسية التي يشرف عليها .

ثم تعرض هذه المشاريع إلى لجنة الصياغة (2) لتنقيحها حتى يتسنى عرضها على

المؤتمر . وهكذا ظهر النص التفاوضي الموحد ، وبعد تنديله في دورة 1976 أصبح

يسمى بالنص التفاوضي المنتهج ، وأعيد فيه النظر سنة 1977 ، فأصبح

يسمى بالنص المجمع والمركب . وبفضل التنسيق بين رؤساء اللجان ورئيس المؤتمر

ظهر في ثلاثة أجزاء بدلاً من أربعة . وبعد عدة تعديلات أخذ شكل الاتفاقية سنة 1982 .

هذا . ونشير إلى أن المؤتمر اعتمد أسلوب التوافق في التصويت والتقريب بين

وجهات النظر حيث لعبت مجموعة "إيفانسون" دوراً لا يستهان به في ذلك .

(1) - عبد الله الأشعل - المرجع السابق - ص 61 .

(2) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - المشار إليه -

المبحث الثالث

نتائج حركة التدوين

بفض النظر عن حركة التدوين غير الرسمية ، فإن هدف أجهزة الأمم المتحدة المكلفة بالتدوين ، يكمن في بلوغ مرحلة إبرام اتفاقية دولية ، وعلو⁽¹⁾ حد تعبير البعض ، فإن كل محاولة لا تبلغ غدة المرتبة ، تعتبر محاولة غير كاملة . لكن هل ينبغي ذلك إنعدام النتيجة في حالة عدم التمكن من إبرام اتفاقية دولية . قال القاضي " Root Elihu " معلقاً على مؤتمر لاهاي لعام 1930 :⁽²⁾

ينبغي أن لا تأخذ الاتفاقيات النهائية التي يتم إبرامها ، كترينة على نجاح المؤتمر ، بل ينبغي أن تأخذ بعين الإعتبار قيمة المناقشات ، وتبادل وجهات النظر التي يثيرها المؤتمر ، كل ذلك يساهم في إيضاح الألف وتعدد طبيعة المشكل ، الذي يساعد على إبرام اتفاقية نهائية .

وبعبارة أخرى ، فإننا نستطيع تصنيف نتائج حركة التدوين إلى قسمين : نتائج سياسية وأخرى قانونية ، سواء نجحت المحاولة أم لم تنجح . وذلك ما سنستعرضه في المطلبين الآتيين .

المطلب الأول : النتائج السياسية

يترتب على حركة التدوين ، تمتع رعاية منظمة الأمم المتحدة ، عدة نتائج سياسية نذكر منها ما يلي :

الفرع الأول : التهور حمد معين من التفاهم

إن معضلة القانون الدولي لا يملك زمام حلها طرف معين . إنها مشكلة أشخاص القانون الدولي ، وهم فقط الذين يستطيعون المساهمة في حلها . إن منظمة الأمم المتحدة ، المتكونة من كافة الدول ، لا تملك الأدوات الكافية للقيام بهذه المهمة . ولقد تنبأت المنظمة منذ 1945 بأنها لا تستطيع فرض نظام معين ، ولذلك عملت منذ مؤتمر " دانبرتون هوكس " على إشراك جميع أعضائها

(1) - DAUDET (Y) , les sources de droit international : la coutume ,

J.C.D.I, Fasc 13 D . 8.1976 , Paris édition techniques 1976, P:11

(2) - GARNER (JW) , Le développement et les tendances récentes du droit

international , cit , P: 686 - 687..

أعضائها في علاجها ، حيث نصت المادة (13) من الميثاق على إيساد مهمة التدوين والتطوير إلى الجمعية العامة ، التي أنشأت لجنة خاصة فيما بعد . وبصارة أخرى ، فإن منظمة الأمم المتحدة ، فضلت أسلوب المراجعة على الصوب إلى الأمام . ولقد ترتب على هذا الأسلوب ، مشاركة كافة الدول ، مهما كان نظامها السياسي ومهما كانت درجة تقدمها ، في بلورة أحكام القانون الدولي . ولقد تجلّى ذلك بصورة أوضح في المنقوشات التي عمدت تحت رعاية الجمعية العامة . ومن بينها مؤتمرات جنيف ، للبحار ومؤتمرات فيينا للمقتلح المواثيق ، وكذا المؤتمر الثالث لقانون البحار الجديد .

لا يمكن حدوث المعالجة الجماعية لمشاكل العالم ، من طرف أشخاص القانون الدولي غير المتجانسين ، إلا في ظل وجود عدد معين من التفاهم المبدئي ، واشتراك الكل في البحث عن الحل . وهو ما تحقق بصورة أو بأخرى بفضل سيطرة تدوين أحكام القانون الدولي .

الفرع الثاني : طرن القضايا على بساط البحث .

ترتب على المساهمة الجماعية ، في البحث عن حل معضلة القانون الدولي ، طرن القضايا على بساط البحث . وهو ما يمكن أن نسميه بسياسة المواجهة . وبكذا طرحت عدة مسائل في مؤتمرات التدوين . ففي مؤتمر فيينا حول قانون المعاهدات درست عدة نقاط في غاية الأهمية ، نذكر منها :

النش (المادة 42) ، الخطأ (المادة 48) ، الإكراه (م 51، 52) ، وفكرة النظام العام أي القواعد الآمرة (م 53) والتفسير الجوهري للظروف (م 62) . . . الخ .⁽¹⁾

تشهد المؤتمرات غليانا في المواقف ، عندما تطرح القضايا السائفة ، ورغم ذلك فإن إرادة المواجهة تتطلب ، في كثير من الأحيان ، علم هذه العقبات . ذلك ما يمكن قوله بالنسبة لتبني فكرة القواعد الآمرة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ، رغم أن لجنة القانون الدولي امتنعت عن تقديم نماذج عن تلك القواعد وتركت ذلك للقضاة والصلح الدوليين⁽²⁾ ، علما بأن مشروع "Waldock" كان

(1) - ونفس الشيء بالنسبة لامتداد المياه الإقليمية حيث أرادت بلدان أمريكا

الوسطى والجنوبية مد مياها إلى (200) ميل بينما اكتفت بعض البلدان

بـ (12) ميلا فقط . راجع في ذلك :

- DEHAUSSEY(RJ) , Travaux de la CDI des nations unies, cit , P:589-595

(2) - Robledo(AG) , Le ius cogens international sa genèse , sa nature, ses fonctions , cit , P :44.

كان يتضمن في المادة (2/13) بعض القواعد ، والتي تم حذفها أثناء المناقشات
يسمى هذا الطرح في كثير من الأحيان بدراسة النقطة المعروضة من كافيّة
جوانبها . وهو ما يسهل تبني إحدى الحلول ، واعتماد حل توفيقيّ ، كما حدث لمسألة
القضاء الإلزامي ، حيث وجدت ثلاث اتجاهات :

– الدول الضريبة تناصر القضاء الإلزامي لمحكمة العدل الدولية .

– دول الأفروآسيوية تناصر فكرة إيجاد لجان التسوية ، وأبدت تخونها من القضاء
الإلزامي خاصة بعد أن أصدرت محكمة العدل الدولية حكمها في قضية " دعوى

آثيوبيا وليبيريا " ضد نظام جنوب أفريقيا سنة 1966 .

– الدول الشيوعية و تناصر المادة (62) من المشروع ، والتي تحيل إلى المادة
(1/33) من ميثاق الأمم المتحدة (1).

انتهى المؤتمر إلى التوفيق بين المواقف الثلاث ، مستمداً تنوع الطول بتنوع (2)
المسائل ، وذلك في المادة (66) من الاتفاقية (3).

وبكلمة موجزة ، فإن طرح المسائل على طاولة المفاوضات ، يعتبر نجاحاً باهراً
حققته منظمة الأمم المتحدة ، ويستبرأ أفضل طريقة دبلوماسية للبحث عن الطول
المناسبة .

الفرع الثالث : مساهمة البلدان النامية في بلورة أحكام القانون الدولي

لقد شعرت البلدان النامية بنوع من المساواة في السيادة ، إذ بعدما
تمكنت في القانون الدولي التقليدي ، وجدت المناسبة لعرض أفكارها في مؤتمرات
دولية . ولم لا تساهم في بلورة الأحكام الجديدة ، بل أننا لا نكون مفرورين
إذا قلنا بأن هذه الدول حفظت نوعاً من المساواة في السيادة . فقرارات
المؤتمرات تؤخذ بالأغلبية دون تمييز بينها . لكن هذا استطاعت المساهمة فعلاً
في بلورة الأحكام المرجوة .

إن المجهود يؤكد ، وأن المصلحة هي المعركة لانتفاذ المواقف ، بل هي المعركة
حتى في التصويت . فهل استطاعت هذه الدول التوفيق بين مصالحها .

(1) – تتكلم عن تسوية العلاقات بالطرق السلمية كالتفاوض والتحكيم والوساطة
والتوفيق ، . . . الخ .

(2) – أحمد عصمت عبد المجيد – تقرير عن الدورة الثانية لمؤتمر الأمم المتحدة
لقانون المساءلات – المجلة المصرية للقانون الدولي – المجلد 25 سنة

1969 – ص 251 – 253 .

(3) – التي تقضي بإمكانية رفع الدعوى أمام محكمة العدل الدولية إذا لم يفلح
تطبيق المادة (1/33) من الميثاق ، أو الطرف الممينة في ملحق الاتفاقية .

يبدو أنه من الصعب تحقيق ذلك ، وهي تعاني من مشكلات الأزمات الاقتصادية والسياسية ، فهي في حاجة إلى تدعيم خارجي .

إن المؤتمرات الدولية لتتبعها المثل . إنها مؤتمرات المصلحة ، فإذا " تساهلت " الدول المتقدمة في اتخاذ موقفاً معيناً في قضية معينة ، فإنها تنتظر تنازلاً مماثلاً من الدول النامية .

وبعبارة أخرى ، إذا قبلت الدول المظلمة بفكرة الجرفه الثاني ، فإنها تصبر إلى تكريس حرية أعالي البحار . وإذا قبلت بفكرة المنطقة الاقتصادية الخالصة ، فإنها تترصد لحرية المرور في المضائق⁽¹⁾ . وتلجئ في قواعد اللعبة . وبذلك تبقى مساهمة البلدان النامية رمزية في تطوير القانون الدولي .

الفرع الرابع : ظهور التكتلات الدولية حسب المصالح .

سمعت معارلات التدوين بتكوين تكتلات دولية عديدة ، حسب المصالح المشتركة ، وهكذا ظهرت ثلاث كتل في مؤتمر فيينا لقانون المعاهدات - بصورة عامة :
الدول الغربية ، الدول المشرقية الاشتراكية ، دول عدم الانحياز . وطبيعي أن مصدر هذه الكتل ليس المؤتمر في ذاته . ولكن ، ومهما كان الأمر فإن العمل داخل المؤتمر شهد هذا الانقسام . وأن كان ذلك يعكس إنكاساً للسياسة الدولية خارج إطار المؤتمر .

إذا كان مؤتمر فيينا لم يظهر التكتلات الدولية بوضوح فإن المؤتمر الثالث لقانون البحار أظهر تكتلات جديدة هي :⁽²⁾

كتلة الدول الحبيسة ، كتلة الدول المتنازلة " *avantageux* " المجموعة المطالبة بمضائق⁽²⁰⁰⁾ ميل بمعنى كحد للمياه الإقليمية . بالإضافة إلى التكتلات التي يمكن أن نصفها به أنها قديمة كتكتلة الدول الإفريقية وكتلة السوق الأوروبية المشتركة .

إن هذه التكتلات يمكن أن تتقدم مصالح البلدان النامية ، إذا عرفت كيف تنسق بين موقفيها والدفاع عن المصالح المشتركة . حيث يساعد ذلك على اتخاذ مواقف أكثر شجوة وفعالية على صعيد مؤتمرات التدوين .

(1) - قال بعض الممثلين لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 بأن حرية المرور في المضائق هي إحدى النقاط الجوهرية الداعية إلى عقد المؤتمر الثالث لقانون البحار . للإطلاع على ذلك راجع : صلاح الدين عامر -

القانون الدولي الجديد للبحار - الممار إليه - ص 149 .

(2) - صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص 64 .

الفرع الخامس : عودة زمام المبادرة إلى الدول .

كانت لجنة القانون الدولي هي المعنية الأولى بموضوع تدوين القانون الدولي ، حيث تقدم مشاريع اتفاقيات ، تقوم المؤتمرات الدولية بمراسمتها وتبنيها . ولقد توسعت هذه اللجنة من تسع أعضاء المجتمع الدولي ، وبلغ عدد الأعضاء بها سنة 1961 خمسة وعشرين عضواً⁽¹⁾ . وجدير بالذكر أن هؤلاء الأعضاء يمثلون الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم ، طبقاً لمنطوق المادة (8) من النظام⁽²⁾ .

بدأ التفسير بمسألة التدوين بتكوين لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " C.N.U.D. " المنشأة بالقرار رقم 2205 (XXI) المؤرخ في 1966/12/17 . حيث أصبح ممثلو الدول هم الذين تتشكل منهم اللجنة ، عكس ما كان مسروفاً في لجنة القانون الدولي⁽³⁾ .

أخذ هذا التفسير صورة أكثر جلاءً في المؤتمر الثالث لقانون البحار ، الذي ساهمت فيه الدول بصورة مباشرة ، حيث تم إبرام إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار سنة 1982 بعد ستة عشرة دورة في الفترة الممتدة من 1973 إلى 1982 (4) . ما هو السبب في توسع تدخل الدول ؟ غني عن القول ، بأن تدخل الدول يعطي الأولوية للجوانب السياسية على غيرها من الجوانب الأخرى .

رغم أن الدول تتدخل ثلاث مرات⁽⁵⁾ في أعمال لجنة القانون الدولي ، فإننا نلاحظ رغبتها في الإستحواذ على نشاط التدوين . فهل لهذه الرغبة من سند قانوني ؟ لو أنظرنا المؤتمر الثالث لقانون البحار ، لسوجدناه تنازلاً عدة نقاط جديدة : المنطقة الاقتصادية ، التراث المشترك للإنسانية ، حق الدول الحبيسة في الثروات الحية في المنطقة الاقتصادية للدولة المجاورة . . . إلخ . ومن ثم فإن الأحكام التي يتم تكريسها في الإتفاقية ، تكون ذات صفة تشريعية أكثر منها تدوينية . فهل يعني ذلك بأن التعصب للسيادة هو الذي دفع الدول إلى القيام بنفسها بهذه المهمة ؟ وبعبارة أخرى ، هل تنكر الدول الطبيعة التشريعية لنشاط لجنة القانون الدولي ؟

(1) - DAUDET(Y) , les sources de droit international , cit , P: 06 .

(2) - وهي توافق المادة (9) من نظام محكمة العدل الدولية .

(3) - DAUDET(Y) , ibid , P : 08

(4) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - ص 48 49 .

(5) - راجع الصفحة (168) من هذا البحث .

قد يكون هذا التفسير مقبولاً بالنسبة للمؤتمر الثالث لقانون البحار، ولكنه لا يكون كذلك بالنسبة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي .
وأمام هذا الوضع ، فإنه لا يسمنا إلا أن نشير إلى بداية طغيان الجانب السياسي في عملية التدوين ، على الجانب القانوني . وهو ما نجم عن ازدياد تدخل الدول بصورة مباشرة ، مهما كانت مبررات هذا التدخل .

المطلب الثاني : النتائج القانونية .

إذا كان الهدف الأساسي للقيام بسجلات التدوين ، هو الوصول إلى إبرام اتفاقية دولية . فماذا تقدم هذه السجلات - نجحت أم لم تنجح - لصالح القاعدة العرفية ؟
تفيد الدراسة المتأنية لهذه السجلات ، بأن التدوين يتخذ إحدى المظاهر الآتية :

- 1 - تكريس قاعدة عرفية .
- 2 - تطوير " " " "
- 3 - ميلاد " " " "
- 4 - المساهمة في تكوين قاعدة عرفية .

وهذا ما سنتقوم بدراسته في الفروع الآتية :

الفروع الأول : تكريس قاعدة عرفية .

يشير هذا العنوان سؤالاً جوهرياً مفاده : هل هناك فرق بين تكريس القاعدة المرئية وتطويرها ؟ وبعبارة أخرى ، هل هناك فرق بين التقنين والتطوير .
تفيد الدراسة النظرية بأنه يقصد بالتقنين " جمع القواعد القانونية التي تحكم المسائل المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مجموعة واحدة ، ويتسم أساساً عن طريق تنسيق القواعد ورفع ما يكون بينها من تناقض ، وإيرادها مرتبة ومبوبة ... وهي ترتبط بالتانون الموجود " .⁽¹⁾

(1) - جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي - المشار إليه - 1933 .

ولذلك وضع نظام لجنة القانون الدولي تسييفا له في المادة (15) التي جمّلت
البتدوين يتمثل في " الصياغة الأكثر تنقيها وتنظيما لقواعد القانون الدولي، التي
تناولها العمل بين الدول والسراجه والفتنه . " (1)

أما من الناحية العملية ، فتد لاهت اللجنة القانون الدولي بأند يصعب التمييز
بين التتخير والتطوير . رغم أن المادة السابقة تعرف التطوير بأنه : (2)
" إعداد مشروعات الإثباتات في موضوعات لم تنظم بعد ، بواسطة القانون الدولي ،
أو لم يتطور هذا القانون بعدنما ، بصورة كافية ، في العمل بين الدول . " .
ولكن ومع ذلك فإننا نتبنى فكرة التمييز بين التدرين والتطوير اترض هذه
الدراسة فقا . وذلك رغبة في توضيح النتائج الثانوية المترتبة عن مسارات
التدوين .

ومكاذ تفص العديد من الإثباتات على السديد من التواعد العرفية ، نذكر منها
على سبيل المثال : إتفاقية فيينا للملاتات القنصلية ، وقانون السماعات لعام
1969 ، واتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 ، والتي نسلط عليها
بعض الأضواء (3) .

لقد كرسات اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ، قواعد عرفية سبق للمعمل
الدولي أن عرفها ، نذكر منها : (4)

المادة (2) من الإتفاقية الجديدة التي كرسات العيز السياني للدولة ، وهو ما نصت
عليه المادتان (201) من اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي . كما أن المادة (5)
من الإتفاقية الجديدة ، أعادت ذكر قاعدة عطف الأسر الثاني الوارد في المادة
(3) من اتفاقية جنيف السالفة الذكر . والمادة (7) كرسات قاعدة محظوظ الأسر
المستقيمة ، التي ذكرتها اتفاقية جنيف المتعلقة بالبحر الإقليمي في المادة (4)
منها . والمادة (9) من اتفاقية الأمم المتحدة تقابل المادة (13) من اتفاقية
جنيف ، التي تتكلم عن عطف الأسر في النهار والتمصبة في البحار . والمادة (10)
من اتفاقية 1982 للبحار . كرسات ما جاء في المادة (7) من إتفاقية جنيف فيما يخص
الغليجان .

(1) - جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي - المشار اليه ، ص 193 .

(2) - جعفر عبد السلام علي - نفس المرجع - ص 193 .

(3) - يععان الوصول إلى نتائج أكثر دقة ، دراسة مفصلة للأحكام الواردة في

(4) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص 87 ، 88 ، 89 .
معتبر

الفرع الثاني : تطوير قاعدة عرفية

حدد نظام لجنة القانون الدولي آلية خاصة لكيفية تطوير الأحكام العرفية ، بمدد الكلام عن تطوير القانون الدولي ، حيث تنص المواد من (16) إلى (18) على أن الجمعية العامة هي التي تملك إختصاص اقتراح تطوير أحكام معينة ، ثم تقوم (1) لجنة القانون الدولي باختيار مقرر لها ، وتضع خطة مناسبة للموضوع ، وتعد أسئلة حول توجهها إلى الحكومات ، وتدعوها للإجابة عنها خلال مدة معينة .

هذا ، وتقوم اللجنة بعملية التفاوض مع جهات فخر رسمية . ثم تقوم بدراسة ما قدمه المقرر من مشاريع . ثم تطلب اللجنة من الأمين العام إبلاغ المستند إلى الحكومات ، داعياً إيها التمليق عليه . وفي الأخير تقوم اللجنة بإعداد مشروع اتفاقية مرفوق بشروح وإثبات للنصوص . ثم يرفع المشروع إلى الجمعية العامة ، لكي تقوم بالإجراءات المناسبة لإبرام اتفاقية دولية في المادة المعنية . وهذا ما يعتبر تفسيراً لما ورد في المادة (15) من النظام بشأن التطوير .

وبمباراة أخرى ، فإن التطوير يتم عبر إعداد مشاريع الاتفاقيات ، لكن لجنة القانون الدولي ، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اعتمدتا طريقة إعداد مشاريع الاتفاقيات في القيام بمهامها (2) دون تمييز بين التدوين والتطوير . وعلى حد تعبير أحد الشائذة (3) فإن التدوين يأخذ دائماً مظهرها تطويرياً للقانون الدولي .

رغم أن لجنة القانون الدولي لم تفعل بين التدوين والتطوير ، فإننا نستطيع ذكر بعض الأمثلة لتطوير الأحكام العرفية ، علماً بأن اتفاقيات التدوين لعبت دوراً كبيراً في مساعدتنا لمعرفة ذلك . وسنتفحص من قانون البحار الجديد لعام 1982 في إعطاء الأمثلة (4) .

ومكذلك نجد المادتين (18) و(19) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار أحدثتا توسعاً في الأحكام الواردة في المادة (14) من اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي لعام 1958 . وكانت أول نقطة أحدثت هذا التطور هي المادة (3/18) التي

(1) - جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي - المشار إليه -

الصفحات 193 - 194 .

(2) - DAUDET (Y) , Op-cit , P: 12 .

(3) - كما يرى " ليستزين " وهو اتجاه لجنة القانون الدولي كذلك . راجع في ذلك

جعفر عبد السلام علي - نفس المرجع - ص 195 .

(4) - صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - المشار إليه ،

الصفحات من 87 إلى 90 .

أضافت بعض الصناعات إلى المرور البري* مشتركة أن يكون متواصلًا وسريعًا* ثم أكملت المادة (19) جانبًا من هذا التطور* حين تكلمت عن الطائرات التي يستمر فيها المرور مضرا بسلم وحسن نظام الدولة الساحلية* ذاكرة (12) بالمادة (1) وكانت المادة (14) من اتفاقية جنيف تحتوي على ست فقرات* تكلمت الأولى عن حق المرور البري* والثانية عن تعريضه* والثالثة قررت بأن المرور يشمل أيضا الرسو* إذا كان نتيجة الملاحة العادية أو أصبح ضرورة لازمة* من جراء القوة القاهرة* والرابعة تحدثت عن المقصود بالمرور البري*، والخامسة ربطته بعدم المساس بقوانين ولوائح الدولة الساحلية* والسادسة نصت على طغسو الفواصات فوق سطح الماء ورفع العلم*.

وجاءت المادة (21) من الاتفاقية الجديدة لتوسع من أحكام المادة (17) من اتفاقية 1958* حيث احتوت على أربع فقرات* ونصت في الأولى على ثمان حالات تتعلق بتنظيم المرور* (2)

هذا* ونشير إلى أنه نجم عن المؤتمرين الأول والثاني لقانون البحار ظهور مناقشة الصيد الثابتة ضمن حدود الإثني عشرة ميلا* وحق الأفضلية في المياه المجاورة طبقا لرأي محكمة العدل الدولية في قضية الإختصاص في مادة المصائد بين بريطانيا* من جهة* و"ألمانيا وبرطانيا" من جهة ثانية* بتاريخ 1974/07/25* (3) ثم قام المؤتمر الثالث بتطوير هذين المفهومين إلى فكرتين جديدتين* تتمثل الأولى في تحديد المياه الإقليمية بإثنتي عشرة ميلا (3م)* وتتمثل الثانية في المنطقة الاقتصادية الخالصة (م56) من الاتفاقية الجديدة*.

(1) - نذكر منها: التشديد باستعمال القوة والإخلال بمبادئ* ميثاق الأمم المتحدة والقيام بالمناورات مهما كان نوع السفن المستعمل أو القيام بجميع المسلمات المضرة بدناج الدولة الساحلية ولأنها* وإطلاق أي جهاز عسكري أو إنزاله* والقيام بأي عمل يلوث البيئة* والقيام بأنشطة البحث والمسح* وبصورة عامة حرمت كل الأنشطة التي ليس لها علاقة مباشرة بالمرور* للإلتزام على تفاصيل ذلك

راجع: صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار ص 88 - 90.

(2) - ونصت على الموضوع على سلامة الملاحة وتنظيم المرور* بحماية وسائل تسيير الملاحة والكابلات* حفظ الموارد الحية والبيئة* منع خرق قوانين وأنظمة الدولة الساحلية

راجع في تفاصيل ذلك - صلاح الدين عامر - نشر المرجع - ص 91-93.

(3) - EISEMANN(FX) , Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ ,

3° édition ?, Paris , Pédone 1980 ; P:151.

الفرع الثالث : ميلاد قاعدة عرفية •

يحدث أحيانا أن يترتب من عملية التدوين ميلاد قاعدة عرفية • لكن متى يحدث ذلك ؟

المسروف أن لجنة القانون الدولي تتكون من أعضاء لا يمارسون مهمتهم بصفتهن ممثلين للدول ، ولذلك فإنهم ليساهمون بصورة جديدة في ميلاد القاعدة العرفية • وبمباراة أخرى ، فإن المؤتمرات هي المدعوة أصلا للقيام بهذا الدور ، حيث تلعب المناقشات والمواقف دورا أساسيا في ظهور القاعدة • وعكزا ، فكلما كانت فرص انمقاد المؤتمرات أكثر ، كلما زاد احتمال ميلاد قاعدة عرفية • وتبعا لذلك ظهرت بعض القواعد (1) من جراء الدورات المتديدة التي عقدتها المؤتمر الثالث لقانون البحار • ومن الأمثلة على ذلك المنطقة الاقتصادية الخالصة لمسافة مائتي (200) ميل ، التي جاءت في المادتين (56) و (57) ، وقاعدة الدول الحبيسة التي وردت في المادة (69) ، الجرف القاري لمسافة ثلاث مائة وخمسين (350) ميلا ، وكذا فكرة التراث المشترك للإنسانية (المادة 136) من اتفاقية قانون البحار لعام 1982 • والجدير بالذكر أن الدول كانت تود تكريس قاعدة "حق الأفضلية" في المياه المجاورة دون أن يتم تحديد المسافة ، ولكن المؤتمر توصل إلى إظهار قاعدة جديدة تتكلم عن المنطقة الاقتصادية الخالصة • وشتان بين حق الأفضلية واستخلاص منطقة معينة لدولة محددة •

انطلاقا من المناقشات التي جرت في هذه الدورات والمواقف المرافقة لها • توصل البعض (2) إلى القول بظهور قواعد عرفية قادرة على تعديل الأحكام المتطرزة منها من اتفاقية جنيف لعام 1958 ، سواء نجح المؤتمر أم لم ينجح • فالعرف الناشئ "من التوافق والممارسة ... يقلل من أهمية الإنفاذ النهائي " • غير أن البعض الآخر (3) يقلل من شأن القواعد العرفية الناشئة من اتفاقية التدوين ويطلقون عليها اسم القاعدة الدولية ذات القيمة الإتفاقية ، ومن ثم فإن دخولها حيز النفاذ يفضح لما تنضج له الأحكام الإتفاقية (التصديق) • وهو ما يبدو غير متناسب مع تمام ميلاد قاعدة عرفية بركنيها المادي والمعنوي ، والتي تكون سارية

(1) - عبد الله الأشعل - دور مؤتمر الأمم المتحدة الثالث في إرساء القواعد

العرفية لقانون البحار - المشار إليه - ص 62 •

(2) - عبد الله الأشعل - نفس المرجع - ص 66 •

(3) - DAUDET(Y) , Op - cit , P: 12 .

دون اتخاذ الشكل الإتفاقي ولا التصديق ، طبقاً للأحكام العرفية المأتممة . ولكن هل يصدق هذا القول على نقطة أخرى تتعلق بظهور قاعدة اتفاقية في اتفاقية التدوين ، ذلك ما سنراه في الفرع الآتي .

الفرع الرابع : المساهمة في تكوين قاعدة عرفية .

تساهم المعاهدات في إرساء السوابق لظهور قاعدة عرفية . فهل تستطيع اتفاقيات **التدوين** القيام بهذه المهمة ؟

يرى البعض أن " معاهدة واحدة متعددة الأطراف يمكنها أن تنشيء قاعدة عرفية ، وهذا ما لا يتفق مع القانون الدولي الوضعي إلا مع اتفاقيات التدوين . " (1) والسبب في ذلك أن " ذكرهما في الإتفاقية يأتي بعد التوكيد بورية ، والرجاء في حصولها على قبول عريض " وأن القاعدة الإتفاقية التي يتم تبنيها بدون معارضة ، تعتبر بمثابة تدوين لقاعدة عرفية (2) . لكن كيف يتم معرفة معارضة الدول على مادة معينة ؟

يتم ذلك في الحقيقة عن طريق الرجوع إلى ملحق الإتفاقية للإطلاع على التحفظات . لكن اتفاقيات التدوين لا تقبل التحفظات المتعلقة بهدف التدوين . ومن ثم فإنه ينبغي الرجوع إلى الأفعال التحضيرية ، كما فعلت محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1969 . حيث قالت بأن المادة (6) من اتفاقية جنيف لعام 1958 تكاد تكون قد نقلت ألفاظ مشروع لجنة القانون الدولي ، إنه ينبغي ملاحظة القاعدة بالنسبة للظروف التي اقترحت فيها ، ولاحظت المحكمة بأن القاعدة المعنية تم اقتراحها مع وجود عدة ترددات . وأنها وردت على سبيل التجربة (3) . لقد قالت المحكمة ذلك ، رغم أنها أقرت بأن مجرد التوقيع على مشروع اتفاق عام يمكن أن يجعل في تكوين القاعدة العرفية (4) . إن السؤال المطروح يتمثل في كيفية مساهمة محاولات التدوين في تكوين قاعدة عرفية ؟ أي كيف يكون التدوين أساساً لعرف لاحق ؟

(1) - DAUDET(Y) , Op _ cit , P: 20 .

(2) - GIUSEPPE (B) , Structure de l'ordre Juridique international ; R.C.A.D.I 1978 III , T: 161 , Leyde , AW SILJTHOFF 1980 , P:56 .

(3) - EISEMANN(PM) , Petit manuel de la jurisprudence de la CIJ, 2^e édition , P aris pédone 1971 , P: 139 .

(4) - GIUSEPPE (B) IBID P 56 .

يمكن لحركة التدوين المساهمة في إرساء القواعد السرفية عبر آليتين :
الأولى غير اتفافية والثانية اتفافية .

ففي حالة عدم التمكن من الوصول إلى إبرام الاتفافية أو تعذر إيراد بند خاص بموضوع معين هي الاتفافية ، مع كون المناقشات قد دارت حوله بشكل مستفيض ، كما حدث في المؤتمرين الأول والثاني بصددهن الأفضلية في المياه المجاورة للمياه الأقلية ، ومنطقة الصيد الغالصة ضمن مسافة (12) ميلا .

في مثل هذه الحالة تساهم تلك المناقشات في تكوين قاعدة عرفية ، ويضرب البعض المثال على ذلك بإعلان 2625 (XXV) المؤرخ في 14/10/1970 المتعلق بمباري التماون الودي طبقا لميثاق الأمم المتحدة ، والقرار 3314 (XXIX) المؤرخ في 14/12/1974 المتعلق بتصرف العدوان ، حيث لا تتمتع بالقوة الإلزامية وأنها تصبح كذلك ، عندما تتصل على تدعيم العمل الدولي (1) .

وعلى كل حال فإنه ينبغي البحث عن الظروف التي صدرت لها هذه الإعلانات . فإذا كان الهدف هو إبرام اتفافية دولية ، لم تسمح الظروف بتحقيقها ، فبرزت في شكل إعلان ، فإنها تدخل ضمن الآلية الأولى ، التي نحن بصدده الحديث عنها . أما إذا كان الهدف يتمثل في تحضير إعلان خاص بمادة معينة ، فإن الأمر يختلف ، حيث نكون وقتئذ أمام تصرف جهاز دولي مختص ، ومن ثم فهو غير ملزم ، ومن الأمثلة على ذلك نشاط لجنة تعريف العدوان أو لجنة الاستخدامات السلمية لقيمان البحار والمحيطات .

أما الآلية الثانية ، فإنها تكمن في إيراد حكم جديد في اتفافية التدوين يحمل الطبيعة الاتفافية ، غير أنه يشترط في مثل هذا الحكم أن لا يكون متصلا بهدف اتفافية التدوين حتى لا يقف مبدأ عدم ملائمة التحفظ عائقا في وجه المراحل اللاحقة لتكوين العرف .

وبعبارة أخرى ، يشترط أن تكون القاعدة الاتفافية قابلة للتحفظ عليها ، في حدود المادة (19) من اتفافية فيينا لقانون المعاهدات . وحينها يمكن أن تساهم اتفافية التدوين في إرساء عناصر تكوين قاعدة عرفية بفضل اتساع رقعة سريانها الشخصي . أي بتحقيق انضمام الدول إلى حكمها ، وشهورهم بأنهم يتصرفون طبقا لقاعدة قانونية . بغض النظر عن مصدرها الاتفافي . وهذا ما تقضي به المادة (38)

من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات .
 هذا ، ونشير إلى أن اتفاقية التدوين يمكن أن تساهم في التمهيد بتكوين
 قاعدة في طور النهور ، حيث يتم تقويتها بفضل المناقشات والمواقف المشاركة
 بصدد التدوين .

الفرع الخامس : مصير اتفاقيات التدوين (نفاذها) .

يمكن القول منذ البداية ، بأن اتفاقيات التدوين تتضمن نوعين من القواعد :
 القواعد القائمة ، أي التي تقرر ما هو موجود " Lex lata " والقواعد المتضمنة
 لما يجب أن يكون " Lex ferenda " . فهل يرضى هذان النوعان لنفس
 القواعد في السريان ؟

يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء إلى أن الصنف الأول يكون سارياً دون
 الخضوع لإجراءات الأنكام الإتفاقية (التصديق) . أما الصنف الثاني فإنه يرضى لمثل
 هذه الإجراءات . وإذا كانت أحكام التطوير تنتمي إلى الفئة الثانية ، فإن
 التصديق يلعب دوراً أساسياً في دخولها حيز النفاذ ، كما أن التأخر في
 إصداره يعرقل مسيرة تطوير أحكام القانون الدولي ، حيث تتراوح مدة التأخر
 في إصدار التصديق من ثلاث (3) سنوات إلى أربعة عشرة (14) سنة . والفريب
 في الأمر أن ذلك لا يعمد إلى العدد الكبير المطلوب لدخول الإتفاقيات مرحلة
 النفاذ ، فاتفاقية جنيف للتقليل من عديمي الجنسية ، تطلبت ستة تصديقات
 للدخول مرحلة النفاذ ، ومع ذلك ، فإنها لم تتيح نافذة إلا في سنة 1975 .
 ولكي يتضح لنا ذلك أكثر نحيل إلى الجدول الآتي الملصق على بعض الصيغ
 من اتفاقيات التدوين (1) :

جدول توضيحي لتأخر دخول اتفاقيات التدوين مرحلة النفاذ .

المعاهدة	تاريخ نفاذها .
اتفاقية جنيف للبحر الإقليمي في 29/4/58 .	1964/09/10
" " لأعمال البحار في 29/04/1958 .	1962/09/30
" " للجرف القاري في 29/4/1958 .	1964/06/10
" " للصيد في 29/4/1958 .	1966/03/20
" " فيينا للتقليل من عديمي الجنسية في 30/8/1961 .	1975/12/13
" " للعلاقات الدبلوماسية في 18/04/1961 .	1964/04/24
% فيينا للعلاقات القنصلية في 24/04/1963 .	1967/03/19
" " لقانون المعاهدات في 23/05/1969 .	1980/01/27

لقد أدى هذا التأخر بمقرر لجنة القانون الدولي السيد " AGO Roberto " إلى اقتراح العمل بالأنظمة المعموفة في بعض المنظمات الدولية (1) . وذلك بأن توضح الدول أسباب التأخر عن التصديق ، لكي تسمى منظمة الأمم المتحدة إلى تجاوزها ، على غرار منظمة العمل الدولية ومنظمة الصحة العالمية في العادتين (19) و(20) على التوالي . أو العمل بطريقة منظمة اليونيسكو التي تقضي بأن تكون الاتفاقية نافذة بعد مرور مدة معينة من إبرامها . إن هذا التأخر في التصديق يعتبر بحق المبرر الأساسي لقيام اتفاقيات التدوين بمهمة تطوير أحكام القانون الدولي .

(1) - AGO (ROBERTO) , La codification du droit international et les
Problemes de sa réalisation , Mélanges GUGENHEIM , GENEVE, I.H.E.I
1968, PP:117- 126 .

الفصل الثاني

الإطار العام لقيام القاعدة المصرفية

إذا كانت البلدان النامية تقف ضد أحكام القانون الدولي عامة، والمرف خاصة، فما هي الدعائم التي تتمسك بها؟ وما هو البديل الذي تقدمه؟
 مما لا شك فيه، أن الركيزة الأساسية التي تتمسك بها هذه البلدان، تتمثل في أن أغلب أحكام القانون الدولي وجدت في غيابها (1). وأنها وجدت لمتحكم علاقات قديمة، لم تكن طرفاً فيها، وبالتالي فإنها لم تأخذ مصالحها بعين الاعتبار. بل أن بعض القواعد وجدت لتكريس استمباد واستغلال مصوب العالم للمغالب ونهب ميراثه كقاعدتي الحقوق المكتسبة والمناطق الإستراتيجية (2).
 لكن الأوضاع المتغيرة التي شهدتها المجتمع الدولي، من المناهضتين للمكتملة والنوعية، أفرزت تحولات تنظيمية وقانونية، يمكن أن تخدم مصالح البلدان النامية.

يكمن التفسير التنظيمي في ظهور منظمة الأمم المتحدة، باعتبارها جهازاً يضم كافة الدول، وباعتبارها منبراً تطل منه الدول لتعبير عن مواقفها إزاء ما يجري في العالم. وكان أول حدث يعرفه المجتمع الدولي المنظم - خلال هذه المرحلة - هو تبني المادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة، التي تجمل الإلتزامات الناجمة عن الميثاق ذات أولوية في الإحترام عن الإلتزامات الأخرى. أما التفسيرات للقانونية فإنها تمثلت في تكريس نظرية تغير الظروف، وما ترتب عنها من ظهور قواعد جديدة، تتمثل في القواعد الأمثلة الدولية، التي تعتبر قيدا على إرادات الدول، وبالتالي العمل الدولي.

وبعبارة أخرى، فإن التفسيرات التنظيمية والقانونية بلورت عدة مبادئ تحكم المجتمع الدولي المنظم، من بينها: التمايش السلمي، السيادة النسبية، التماون والتنمية. أي أنه وجد ما يشبه الإطار العام للعلاقات الدولية، وهو ما نتبناه كأطار عام لقيام القاعدة المصرفية، مع إعطاء بعض التطبيقات في ختام هذا الفصل وذلك على النحو الآتي.

(1) - صادق عماد رمضان - المرجع السابق - ص 06.

(2) - وهو ما تنص عليه المادة (16) من ميثاق الأمم المتحدة.

المبحث الأول

الإطار القانوني لقيام القاعدة المصرفية .

يذهب أغلب فقهاء القانون الدولي إلى تأسيس لقانون الدولي على فكرة الإرادة، ومن ثم اعتبار الممثل الدولي مصدرا للقانون المصرفي، باعتباراه إفراداً لهذه الإرادة . فالى أي مدى تكون الإرادة ، وبالتالي الممثل الدولي ، مصدراً للمرف . وبتمبير آخر، هل هناك قيود يفرضها القانون الدولي على إرادات الدول لكي تساهم في بلورة الأحكام المصرفية . أي هل هناك نوع من التقارب بين نمط قيام المصرف في القانون الداخلي وبين نمط قيامه على المسرح الدولي .

المعروف أن القانون الداخلي يحتوي ما يسمى بالنظام العام، الذي يتكون من مجموع الضوابط المتعلقة بالمصالح العليا لنظام سياسي معين في مجتمع من المجتمعات . حيث يقوم بما أوتي من قوة وأجهزة بالسهر على المحافظة على هذا النوع من الضوابط، بسياج كمن السلطة العامة، عن طريق إيقاع الجزاء على من يخالفها .

إن فكرة النظام العام، تعتبر قيوداً على الإرادة، التي تعتبر إحدى مصادر القانون الداخلي (المقد)، وذلك عبر مؤسسة "القواعد الآمرة"، التي لا تقبل التجاوز عن طريق إتفاق الأطراف . فهل توجد هذه الفكرة في القانون الدولي . وإن كانت موجودة فما تتكون . وما هو أثرها على القواعد المصرفية . ذلك ما سنحاول الإجابة عنه في المطالب الآتية .

المطلب الأول : السجل حول فكرة النظام العام الدولي .

إن فكرة النظام العام الدولي ليست مستثناة من الجدل . ويمكن - بصورة عامة - ملاحظة تيارين، أحدهما ينكرها على النظام القانوني الدولي، والآخر يؤيدها وينادي بها . وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول :- الإتجاه الرافض لوجود فكرة النظام العام الدولي .

يستند أنصار هذا الإتجاه⁽¹⁾ على ثلاث نقاط رئيسية هي :

- 1 - أن النظام القانوني الدولي يتكون من الدول ذات السيادة .
- 2 - يكمن مصدر القانون الدولي في إرادة أشخاصه .
- 3 - إنعدام الإجراء الجزائي في القانون الدولي .

ويتفرعون إلى صنفين رئيسيين ، أحدهما يركز على طبيعة أشخاص القانون الدولي وثانيهما يستند على طبيعة النظام القانوني الدولي .

يدخل ضمن الفئة الأولى ، الفريق الذي يعتقد بأن⁽²⁾ أساس القانون الدولي مرتبط بمفهوم السيادة . فالدولة مستقلة سياديا " ويتم تنظيم العلاقات الدولية عن طريق " الرغبة الحسنة المستقلة من جهة ومن أخرى " . وطالما أن الدولة مستقلة وتتمتع بالسيادة (حرية التصرف داخليا وخارجيا) فإنها لا تخضع إلا لما التزمت به بإرادتها . وهذا ما يسمى فقها ، بمذهب التقيد الذاتي الذي يتزعمه الفقيه الألماني " TRIPPEL " . بل أن الأستاذ " JELLINEK " يمتد بان

" كل تصرف غير مشروع ... يمكن أن يرتقي إلى صف القواعد القانونية ، إذا كوّن مضمون معاهدة . " ⁽³⁾

لا يمكن الحديث عن النظام العام في ظل هذه الإتجاهات ، بسبب الإعتماد على مبدأ سلطان الإرادة (السيادة المطلقة) ، الذي يهدد وجود القانون الدولي ككل . ولذلك فإنه يقتصر إلى الدعائم القانونية والعملية ، مما يثير عددا من الأسئلة منها :

- 1 - إلى أي مدى بقي **المجتمع الدولي** ليتكون من دول ذات سيادة فقط .
- 2 - إلى أي مدى بقيت السيادة المطلقة سائدة في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية .

لقد شهدت مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية دخول المنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية مسرح العلاقات الدولية ، وبذلك وضمت حدا للسيادة كمبار لل شخصية الدولية . كما تم خلال هذه الفترة تبني المادة (193) من ميثاق

(1) - ROUSSAUFH, VOILLET ANGELO PAUL; voir ROBLEDO (AG), op. cit. pages: 80-86
 (2) - NICOLOUDES (EP), Nullité de Jus - cogens, ut, p1 198
 (3) - MAREK (K), Contribution à l'étude de Jus - cogens, ut, p1462

الأمم المتحدة ، التي تقضي بأولية الالتزامات الناجمة من المعاهدات .
 الالتزامات الأخرى . وكذا المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ، التي
 تقضي ببطان الالتزامات (1) المخالفة للقواعد الآمرة الدولية . وبذلك تم الإقرار
 رسميا بالسيادة النسبية ، ومن ثم القضاء على مبدأ سلطان الإرادة المطلق
 في العلاقات الدولية .

يدخل ضمن هذه الفئة أيضا ، أولئك الذين يعتقدون بأن كل قاعدة قانونية
 يمكن تجاوزها ، وإلا فما هي بقاعدة قانونية (2)

الإجابة على هذا الرأي ينبنى التمييز بين تجاوز القاعدة القانونية من
 الناحية العملية ، وتجاوزها من الناحية القانونية . فبينما تكون كل القواعد
 قابلة للتجاوز من الناحية العملية ، فإن القواعد المكلمة هي التي تسمح فقط
 بتجاوزها من الناحية القانونية . أما القواعد الآمرة فلا تسمح بتجاوزها
 مطلقا ، وإلا فما الضمانية من الجزاء .

ومع فكرة الجزاء ننتقل إلى الحديث عن الفئة الثانية ، التي تركز
 على فكرة النظام القانوني الدولي ، وذلك بهدف عرض رأيها حول فكرة النظام
 العام الدولي .

وهكذا يرى أنصار هذا الإتجاه ، إنعدام جهاز أعلى من الدول يفرض إرادته
 على الحكومات (3) ، ومن ثم يطلون إلى الإقتناع بانعدام الجزاء في القانون
 الدولي ، وإلى التمسك برفض وجود فكرة النظام العام الدولي .

بينما يرى آخرون (4) بأن المنازعات الدولية تعتبر دليلا على عدم إكمال النظام
 العام الدولي ، الذي يشكو من نقص القواعد الكفيلة بمقل النظام العام الدولي .
 ومن ثم يتنذر الحكم على قواعد القانون الدولي (المرفية والإتفاقية) من حيث
 مطابقتها للمشرعية الدولية أم لا (5) .

وفي الحقيقة ، فإن هؤلاء ينطلقون من مميزات النظام القانوني الداخلي ،
 ويحاولون تطبيقها على القانون الدولي ، مما أدى بهم إلى نكران فكرة النظام
 العام الدولي ، في حين كان ينبغي عليهم معرفة خصائص القانون الدولي ، التي
 تتمثل أولا وقبل كل شيء في كونه قانونا حديث النشأة . وثانيا أنه ينظم

(1) - إن الحجية اليامة التي تتمتع بها القواعد الآمرة تسمح باستعمال كلمة
 "التزامات" بدلا من كلمة "المعاهدة" الواردة في (م53) السالفة الذكر .

(2) - MAREK (K) , contribution à l'etude de jns - cogens , cit P:444 et
 voir THIERRY (H) , Op - cit , P: 151 .

(3) - ROBLEDO (AG) , Op - cit , P :80.

(4) - FRIDMANN (W) , de l'efficacité des institutions internationales ,
 cit , P: 27 .

(5) - GIANNI (G) , Op - cit , P: 53 et NISOT (J) , le concepte de Jus cogens ,
 Revue Belge de droit international , 1968 - 1 , BRUXELLES , institut de
 sociologie 1968 , P:07 .

العلاقات بين أشخاص دولية يختلفون عن أشخاص القانون الداخلي من حيث الطبيعة (أشخاص دولية) ومن حيث الاختصاص، حيث يساهم أشخاص القانون الدولي في بلورة أحكام القانون الذي يحكمهم. وهذا عكس ما هو معروف في الأنظمة القانونية الداخلية.

ثم إن فكرة الجزاء لا تعتبر مياراً للقاعدة القانونية. فإذا هتكت قاعدة معينة ثم تمرد إيتاع الجزاء على الممتدي - إما لعدم معرفته أو لثتمته بالصانة - فهل يعني ذلك عدم وجود القاعدة الممنية؟ هذا على الصعيد الداخلي الذي يعرف الجزاء المركزي. نابعك عن القانون الدولي الذي لا يعرف جهازاً مركزياً متطوراً، على النحو المعروف في الأنظمة القانونية الداخلية. فهل يعني ذلك انعدام فكري التنظيم والجزاء في القانون الدولي.

يمتد البض بوجود سلطة دولية لجهازية "ANORGANIQUE" متخضع لها الدول فرادى، وأن مخالفة أحكام القانون الدولي يثير الجزاء في شكل الرأي العام، الذي يتجسد في اتخاذ المجتمع الدولي موقفاً يدعمه العمل. ولسل أبرز مثال على ذلك العقوبات الاقتصادية التي تقرها الدول في مواجهة الدولة الممتدي (2) إن لهذه الإتهامات الفقهية صدى على الصعيد الحكومي، وإنما سنأخذ ثلاثة نماذج منها:

1 - حاول مندوب الولايات المتحدة الأمريكية مقابلة مؤتمر فيينا لعام 1968؛ لفرض إبرام إتفاعية قانون المعاهدات، باقتراح صيغة للمادة المتعلقة بالتواعد الأمرة. حيث أراد أن يجعل المؤتمر يخرج من نطاق المادة (1/38 ج) من نظام محكمة المدل الدولية، حيث اقترح الصيغة الآتية:

"تعتبر باطله كل معاهدة تتعارض عند إبرامها مع قاعدة لآمرة من القانون الدولي العامة، والمعترف بها من طرف مجموع الأنظمة القانونية الوطنية والإقليمية في العالم، والتي لا تقبل التجاوز (3)." .

2 - أما مندوب لوكسمبور "LUXEMBOURG" فإنه تمسك بالصعوبات التي تثيرها التواعد الأمرة ابتداءً من التساؤل عن مساها ووصولاً إلى تحديد معنى البطلان

(1) - QUADRI (R), le fondement du caractere obligatoire, cit, P: 627.

(2) - آخر مثال على ذلك ما قرره بلدان السوي الأوروبية المشتركة واليابان وكندا الولايات المتحدة الأمريكية في مواجهة إتحاد جنوب إفريقيا في شهر أكتوبر من سنة 1986 احتجاجاً عن ممارستها المنصرية.

(3) - ROBLEDO (AG), Op - cit, P: 59-60 et CHAUMONT (ch), cours d'internat(3) de droit international, cit, P: 372.

مع انعدام الجهاز الذي يملن عنه على الصعيد الدولي .
3 - أما مندوب فرنسا فكان أكثر وضوحاً في عداوته للقواعد الآمرة ، وقال :
" ... نحن لانقبل النص الذي يفتح الباب للضموض والضغوط " (1) مبرزاً موقفه
بصمد وجود معايير دقيقة للقواعد الآمرة .

نشير في ختام هذا الفرع إلى أن مختلف الإدعاءات التي يثيرها الاتجاه
العالمي لفكرة النظام العام الدولي (انعدام الجهاز المركزي ، انعدام الجزاء ،
الضموض ..) هي ادعاءات واهية ، الفرض منها إستبصاد هذا النوع من
القواعد من القانون الدولي ؛ لكي تبقى إرادات الدول العظمى هي المصدر
الأساسي للقانون الدولي من غير قيد أو شرط .

الفرع الثاني : الاتجاه المعترف بوجود النظام العام الدولي .

ينطلق أنصار هذا الاتجاه (2) من أن النظام العام باعتباره بنية قانونية،
فإنه يوجد في كل نظام قانوني (3) ، وأن القانون الدولي باعتباره نتيجة لمواقف
وتصرفات الحكومات فإنه في حاجة إليه ، لفرض إشباع الحاجات المشتركة لأعضاء
المجتمع الدولي . وأنه في غياب ذلك تططم المصالح النيقمة بالملامة الجماعية،
وتسود الممجية ، وتكون الإنسانية مهددة بالموت والفناء (4) .
بتلك المبارات يصف بعض الأنصار أهمية النظام الدولي . إذ أنه وسيلة للحفاظ
على الحياة وإشباع الحاجات الجماعية المشتركة .
بتمحور هذا الاتجاه حول النقاط الآتية :

- 1 - تنوع قواعد القانون الدولي .
 - 2 - التدرج بين هذه القواعد .
 - 3 - ضرورة احترام القاعدة الدنيا للقاعدة العليا .
- وبطبيعة الحال ، فإن النظام العام الدولي يتكون من فئة القواعد العليا ، التي
تمتاز بالسمو عن غيرها من القواعد القانونية الدولية (5) . ولقد دأب الفقه
على تسميتها بعدة تسميات نذكر منها :

(1) - CHAUMONT (ck) , cours général de droit international , cit , P: 373 .
(2) - منهم فيرديروس ، كلسن ، بين تشينغ ، أوبنهايم ، لوترباخ ، ماريلك ، الخ
راجح في ذلك :
(3) - ROBLEDO (AG) , Op cit , PP : 71 - 79 .
(4) - NICOLOUDIS (EP) , N ullité de jus - cogens , cit , P: 41 .
(5) - NICOLOUDIS (EP) , ibid , P: 43 .
(6) - QUADRI (R) , cours general de droit international , cit , P: 335 .

- القواعد الإبتدائية .

- القواعد الضرورية .

- القواعد المتمثلة بالنظام الدولي الحسن .

REGLES IMPEPATIVES

- القواعد الملزمة "

(1). "JUS COGENS"

- القواعد الآمرة "

تلتقي جميع هذه التسميات حول نقطة جوهرية ، تتمثل في أن هذه القواعد جاءت لتحمي المصالح الأساسية لأي نظام قانوني (2). لكن ما هي المصالح الحيوية الأساسية ، أو بالأحرى ، ما هو مضمون فكرة النظام العام . يمكن تصنيف إجابات الاتجاه المعترف بالنظام العام الدولي إلى ثلاثة أصناف هي :

1- أن المصالح الحيوية تتمثل في المفاهيم والقيم الأخلاقية الأساسية والحيوية

للمجموعة الدولية ، (التي لا تقبل التجاوز . وفي هذا الصدد يقول الأستاذ

" QUADRI " ما يلي : (3)

" هناك بعض القيم العليا التي يتمسك بها المجتمع الدولي والتي تتصف

بطبيعة غير قابلة للتجاوز . فالمعاهدة لا يمكنها مخالفة مبدأ يتصل بالقيم

العليا ، الذي يعتبر من النظام العام ... فلو أبرمت اتفاقية أو معاهدة

مخالفة لهذه المفاهيم الخلقية العليا فلا يوجد من يحكم بصحتها . "

ينطلق الأستاذ " POBLEDO " من هذا القول ليؤكد وجود فكرة النظام العام

حيث يقول : (4)

" ... وهذا ما يثبت وجود نظام عدل دولي حقيقي " .

إن إضافة الصفة الأخلاقية على فكرة النظام العام ، يقلل من شأن هذا النظام ،

ويجعله عرضة للخطر . ذلك لأن الجزاء الأساسي لمخالفة القواعد الأخلاقية

يتمثل في تأنيب الضمير .

يستند هؤلاء على بعض القواعد التي يشهد لها المجتمع الدولي بالسمو

كتحريم الإتجار بالرقيقين الأبيض والأسود ، والتعامل في المخدرات . ولكن هذه

- NISOT (J) , op - cit , P: 52-53., et ROBLEDO (AG) , Op_cit , P:24_ (1)
et suite .

- NICOLOUDIS (EP) , Op cit , P: 38.

- QUADRI (R) , cours general de D.I., P:336 .

- ROBLEDO (AG) , Op - cit , P: 78.

القواعد لا تشكل سوى جزءاً يسيراً من القواعد التي يتكون منها النظام العام الدولي . ولذلك فإن أنصار هذه الفكرة يجملون ميدان النظام العام مقتصرًا على القواعد المشتقة من حقوق الإنسان فقط . وهذا نقص واضح ، حيث لا يمكن أن تقوم فكرة النظام العام على هذه الفئة من القواعد فقط .

2 - أن المصالح الحيوية للمجتمع تتمثل أصلاً في وجود القواعد الآمرة التي تتضمن تحديد أهلية التعاقد وتضفي الإلزامية على المعاهدات (1) . وبعبارة أخرى ، فإن هؤلاء ينطلقون من مكانة المعاهدات كمصدر للقانون الدولي العام ، لتقرير ضرورة سلامة القواعد التي تحدد أهلية إبرامها ، وتأكيدها مصداقية قوتها الإلزامية . لكن هل تتمتع بالقوة الإلزامية كل المعاهدات التي يجرمها الأشخاص المؤهلون ؟

يفرق بعض الكتاب بين القانون المرخص " PERMISSIF " والقانون المانع أو الملزم " COMPULSIF " (2) . ويتوصلون إلى بطلان المعاهدات المخالفة للقانون المانع نظراً لإلزاميته . ولقد ذهب الأستاذ " فيردروس " إلى قبول عيبه بهذا ، حين ميز بين نوعين من المعاهدات :
أ - المعاهدات القابلة للإبطال باتفاق الأطراف .

ب - المعاهدات الباطلة بطلاناً مطلقاً ، لكونها مخالفة لقلعدة وضمنية ملزمة ، أو لأنها تنص على شيء مستحيل ، أو لأنها تنص على شيء محرم أخلاقياً (3) .
لكن هل يعني ذلك إقتصار أثر النظام العام على التصرفات الإتفاقية فقط ؟
يحيلنا هذا السؤال إلى تناول إجابة الفريز الثالث من أنصار فكرة النظام العام الدولي على السؤال المتعلق بمضمون النظام العام المشار إليه أعلاه .

3 - تتمثل المصالح الحيوية للمجتمع في مجموعة من القواعد التي تمنع المبادرات الفردية من القيام بأي نشاط يمس مقاصد المجموعة الدولية مباشرة (4) .
يحتاج هذا القول إلى توضيح إذ ما معنى المبادرات الفردية ؟ وما معنى " القيام بأي نشاط " ؟

تعني المبادرات الفردية السلوك الوحيد الطرف ، كأن تتخذ دولة ما موقفاً أو إجراءً معيناً . وهذا ما يوحي باستثناء التصرفات الثنائية والامتددة الأطراف

(1) - كما يرى " غوجنهايم " نقلًا عن : ROBLEDO (AG) , Op - cit , P: 76.

(2) - كما يرى " جورج داهم " نقلًا عن : ROBLEDO (AG) ibid , P: 74.

(3) - ROBLEDO (AG) , ibid , P: 71.

(4) - NICOLOUDIS (EP) , Op- cit , P: 40.

من ميدان النظام العام . فهل يعني ذلك أنه يمكن أن تفسر مقاصد وجوهـر المجتمع الدولي بالتعديل والإلزام . ؟

للإجابة عن هذا السؤال ، ينبغي التمييز بين القواعد الآمرة الوضعية والقواعد الآمرة غير الوضعية . *JUS COGENS* . ففيما يتعلق بالـصنف الأول ، فإنه يمكن للتصرفات متعددة الأطراف تعديلها وإلزامها واستبدالها ، طالما أنها وضعت من قبل نفس الأطراف . أما فيما يتعلق بالصنف الثاني ، فلا دخل للتصرفات الإرادية فيها . ولكي تتضح الفكرة بصورة أوضح نضرب المثال الآتي :

رغم تمتع أحكام ميثاق الأمم المتحدة بالسمة على الأحكام الإتفاقية الأخرى، التي يبرمها أعظم المنظمة ، طبقاً للمادة (103) منه . فإن المجموعة الدولية تستطيع تعديل أحكامه (1) . أما فيما يتعلق بمبدأ حسن النية في تقرير المصير (قاعدة آمرة غير وضعية) فلا يستطيع أحد المساس بها ، حتى ولو كان الأمر يتعلق بالمجموعة الدولية .

معنى هذا ، أنه ينبغي عدم إغفال التصرفات الإتفاقية ، وما يمكن أن تحدثه في النظام العام من تجاوزات ، ويمكن استنتاج ذلك من عبارة " القيام بأي نفاط " التي جاءت عامة ، بحيث تشمل التصرفات الإفرادية والثنائية والمتعددة الأطراف . أي أنها تشمل التصرفات الوحيدة الطرف والتصرفات الإتفاقية .

إذا كانت فكرة النظام العام موجودة ، فمتى ظهرت على الصعيد الدولي ؟ يرى البعض أن فكرة النظام العام وجدت ، في شكل القواعد الآمرة ، منذ القديم ، إذ عرف الرومان فكرة القانون الضروي " *jus necessarium* " . أما على الصعيد الدولي فتمتير حديثة الظهور (2) . حيث وردت لأول مرة في المادة (410) من مشروع " *BLUNTSCHLI* " (السويسري) لتقنين القانون الدولي (3) سنة 1866 ، التي تنص الفقرة الأولى منها على أن احترام المعاهدات يُبنى على أساس الضمير والإحساس بالمعالة . أما الفقرة الثانية فإنها تقضي بما يلي :

(1) - وذلك ما تحقق عدة مرات ، حيث تم تعديل الميثاق سنة 1963 (المواد 23 ،

27 ، 61) سنة 1965 (المادة 109) وسنة 1971 (المادة 61) . للإطلاع على

ذلك ، راجع ميثاق الأمم المتحدة الصفحة 111 .

(2) - *NICOLOUDIS (EP)* , Op- cit , P: 36-38 .

(3) - *ROBLEDO (AG)* , Op - cit , P: 31 .

" وبالنتيجة فإن كل معاهدة مخالفة للقوانين العامة للإنسانية ، أو المبادئ
الضرورية للقانون الدولي ، تعتبر باطلة . . .
أما على الصعيد القضائي فلقد استعملت لأول مرة كلمة " JUS COGENS " في قضية
" OSCAR CHINA " سنة 1934 من طرف القاضي " SCHÜCKING " حيث قال : (1)
" لا أكاد أصدق بأن المصيبة بدأت في تدوين القانون الدولي ، طالما أنها لم تهتم
بلإنشاء القواعد الآمرة " JUS COGENS " . . . إن المحكمة لاتطبق الإتفاقيات المخالفة
للأحكام . . . إن فكرة النظام العام هي التي تحدد موقف القاضي ، في مثل هذه
الحالات . . .

ولقد جاءت المواثيق الدولية لتؤكد فكرة النظام العام ، حيث نص عليه عهد
المصيبة في المادة (20) ، وجاءت المادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة لتؤكد
مرة أخرى .

وبفضل ذلك عكست محكمة العدل الدولية في رأيها الإفتتاحي حول الاحتفاظ على
اتفاقية تحريم الإبادة ، المؤرخ في 1951/05/28 ، إلى القول : (2)
" ليس للدول المتعاقدة مصلحة عامة ، وإنما لها جميعا ولكل واحدة منها مصلحة
ممهترة . . . " ولقد فسّر الأستاذ " EFK SJY " هذه الفقرة بالنظام العام
الدولي (3) .

ورغم كل ذلك ، فإن اتفاقية فيينا لقانون المعاملات لعام 1969 لم تكرر
القواعد الآمرة إلا بصيغة (4) ، رغم أن لجنة القانون الدولي كانت قد أعلنت
سنة 1966 بأنه :

" تعتبر باطلة كل معاهدة متعارضة مع قاعدة آمرة من القانون الدولي العامة ،
التي لا تسمح بأي تجاوز ، والتي لا يمكن تمديدها ، إلا بقاعدة جديدة من القانون
الدولي العامة لها نفس الصفة . . .

وفي الحقيقة ، فإن فكرة النظام العام الدولي ضرورية للمجتمع الدولي . ولها
عدة مبررات ، حيث يتمثل المبرر القانوني في إقرار الشرعية الدولية عن طريق
تحديد الإطار الذي تمارس فيه الدول تصرفاتها القانونية الإتفاقية والافرادية .

(1) - ROBLEDO (AG) , Op - cit , P: 34.

(2) - CIJ , Recueil , 1951 , P:21 .

(3) - نقلا عن : ROBLEDO (AG) , Op- cit ; P: 33.

(4) - MAREK(K) , contribution à l'etude de Jus - cogens _ cit , P: 57 .

وهذا ما يقلل من هيمنة الدول القوية على الدول الضعيفة ، ويحقق المساواة بين أعضاء المجتمع الدولي .

4 ما المبرر السياسي فإنه يجد دعائمه في أن النظام العام ، يدعم استقلال الدول ويساعد الشعوب المستعمرة للحصول على استقلالها ، كما يحافظ على الأمن والسلم الدوليين .

أما من وجهة نظر المبررات الاجتماعية ، فإنه يحقق المساواة بين الشعوب في السيادة على ثرواتها ، ويحقق التوزيع العادل للثروات والتمتع بحقوق الإنسان ، طبقاً للمادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة .
وبكلمة مختصرة ، نقول مع الأستاذ " شومون " بأن القواعد الآمرة موجودة وتلعب دوراً هاماً في القانون الدولي المعاصر ، وتنعكس تطلعات الشعوب (1) .

المطلب الثاني : مكونات النظام العام الدولي .

إذا كان النظام العام الدولي موجوداً فما هي مكوناته ؟ وهل هناك فرق بين القواعد الآمرة وميثاق الأمم المتحدة وبعض المعاهدات العامة ؟
انطلاقاً مما وصلنا إليه في المطلب السابق . يمكننا القول بأن القواعد الآمرة هي التي يقع عليها عبء تحديد النظام العام بالدرجة الأولى . غير أن بعض الفقهاء يتكلمون كذلك عن بعض المعاهدات التي لها الصفة والضموم عن التصرفات الأخرى . فأين تقع مثل هذه المعاهدات في إطار نظرية النظام العام الدولي ؟
إننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين لفرض دراسة هذه المكونات .

الفرع الأول : القواعد الآمرة الدولية .

ماذا تعني القواعد الآمرة الدولية ؟

ليس من السهل تحديد مفهوم هذا الصنف من القواعد ، في ظل المجتمع الدولي العالي الميول الإنقسام والمتشعب بالسيادة وسلطان الإرادة . وتبما فإن آراء الكتاب متنوعة ومتعددة .

يرى البعض أنها تعني " الضرورة بالمعنى الأوسع قليلاً (2) ويرى آخرون أنها " تعبير عن المصلحة المشتركة لأعضاء المجتمع الدولي (3) بينما يرى فريق ثالث

(1) - CHAUMONZ (ch) , Sens de droit impératif , cours de D.E.A , France - (1)

NANCY année 77/78. - (2)

-GIANNI (G) , Op-cit P 52. - (2)

-ROBLEDO (AG) , Op -cit , P: 75 - (3)

بأنها تتمثل في مجموعة من القواعد التي تتضمن حماية الأمور الأساسية السياسية والاقتصادية والاجتماعية لأي نظام قانوني واجتماعي ، في وقت نمين . (1)

صحيح أن موضوع القواعد الأمرة ، ينصب على الأفعال الجوهرية في المجتمع ، وأنها تهدف إلى المحافظة عليها . لكن كيف يتم ذلك . وما هي الوسيلة المستعملة ؟ يحاول الأستاذ " كاسي " الإجابة عن ذلك بقوله :

" إن القواعد الأمرة ، هي مجموعة من القواعد الملزمة * *REGLES OBLIGATOIRES* التي تلزم كل قاعدة مخالفة لها ، سواء كانت من أصل عرفي أو إتفاقي . (2)

أي أن سلامة المصالح الحيوية والأساسية في المجتمع تتحقق بفضل الرامية بعض القواعد القانونية موجراة البطلان الذي يواجه التصرفات المخالفة لها (ولكن هل تعتبر هتان المقان (الإلزامية ، البطلان) هما الأساسيان للقواعد الأمرة ؟ وبعبارة أخرى ، هل نكون أمام قاعدة أمرية كلما كنا أمام قاعدة ملزمة تفرض البطلان على تصرف سابق أو لاحق ؟ أي هل يمكن للتصرفات الإتفاقية إنصاف قواعد أمرية من صنف " *JUS COGENS* " .

لا يمكن قبول هذه الفكرة ، لأن مبدأ " المعقد عريمة المتماقين " يقف حائلا دون ذلك . فإذا أقرت اتفاقية تقضي بإلغاف تصدات سابقة أو بمللان تصدات لاحقة . فإنه لا يوجد ما يمنع الأطراف من التراجع عما كرسته في الاتفاقية عن طريق اتفاقية لاحقة .

إن قبول إحداث قواعد أمرية من التصرفات الإتفاقية ، يؤدي إلى ظهور قواعد أمرية إقليمية وثنائية . وهو ما لا يسمح به روح المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ، الذي يشترط في القاعدة الأمرة اعتراف الجماعة الدولية بها ، غير أنه ومع ذلك فإنه ينبغي الإشارة إلى السموالذي تماز به بعض المعاهدات التي تحوز على الموافقة العامة " *TOTUS OPBIS* " من طرف أعضاء المجتمع الدولي كميثاق الأمم المتحدة .

تفسير المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ، إلى قواعد القانون الدولي العامة المعترف بها من طرف الجماعة الدولية . ومن ثم تخرج كل القواعد الملزمة التي تبطل التصرفات السابقة أو اللاحقة من إطار القواعد الأمرة إذا لم

• NICOLOUDIS (EP) , Op - cit , P: 38. 9 (1)

• QUADRI (R) , cours général de droit international , cit , P: 335. - (2)

تسكن من قواعد القانون الدولي العامة . لكن هل يعني هذا ، أن القواعد
الأمرة وجدت للحد من سلطة مبدأ " المقدم شريعة المتعاقدين " ، أي هل وجدت للحد
من الحرية التعاقدية .

تسرى الأستاذة " ماريك " بأن القواعد الأمرة " لا تعني سوى القواعد الملزمة
• *impératives* التي لا يستطيع أعضاء القانون الدولي مخالفتها باتفاق
منفرد . ذلك لأن مثل هذا الإتفاق يقع تحت طائلة البطلان ⁽¹⁾ ، وأن دور هذه
القواعد ليس إلا : تحديد أغلبية الأطراف المتعاقدة ومصدر الزامية التصرفات
الإتفاقية " ⁽²⁾ ، وأن مصدر البعض من هذه القواعد هو جوهر القانون الدولي
ومصدر البعض الآخر مستمد من تطور هذا القانون ⁽³⁾ .

وبعبارة مختصرة ، فإن القواعد الأمرة ، هي قواعد ملزمة ^{تقرر} *محدد المستوى*
الأساسية للتعاقد والتحمل بالإلتزام ، وأن كل تصرف تعاقدي لا يحترم تلك الشروط
يكون باطلا . فهل يستتبع هذا الرأي سليما .

يرى السيد " ERIK SUY " (المقرر السابق للجنة القانون الدولي) عكس ذلك
حيث يقول : ⁽⁴⁾

" إن قواعد " JUS - COGENS " لا تستبعد فقط إبرام معاهدة مخالفة لها ،
ولكنها تستبعد كذلك كل تصرف لا يتلاءم معها ، حيث تقع كلها تحت طائلة البطلان"
والضرب في الأمر أن الأستاذة " ماريك " أوردت هذا القول واستبعدته ⁽⁵⁾ بحجة
إضافة الفموض على القواعد الأمرة الدولية ، وبحجة أن الدولة الواحدة
لا تستطيع ممارسة التشريع على المستوى الدولي .

وفي الحقيقة ، فإن استبعاد التصرفات غير الإتفاقية ليس له مبرر قانوني ،
لأن النظام العام يقتضي أن تهيمن آثاره على كل التصرفات التي تمس بحرمة
القواعد الأساسية والجوهرية للمجتمع الدولي ، عن طريق تقرير البطلان لكل
تصرف يخالفه . سواء كان من أصل عرفي أو إتفاقي ، وحيد الطرف أو
متعدد الأطراف . ذلك لأن مخالفة النظام العام تتم في أكثر الحالات عن طريق التصرفات

(1) - MAREK (K) , contribution à l'étude de jus cogens, cit, P: 438 .

(2) - MAREK (K) , IBID , P: 448 .

(3) - MAREK (K) , ibid , P: 459 .

(4) - نقلا عن : MAREK (K) , ibid ; P: 339 .

(5) - MAREK (K) , ibid ; P: 440- 441 .

الإنفرادية ، كما هو الحال بالنسبة لمخالفة القواعد الآتية :

التفرقة المنصرية ، استعمال القوة ، التدخل ، حق الصوب في تقرير المصير .

لا وبل تلجأ الدول أحيانا إلى أطراف ليست أشخاصا دولية ، وتوكل إليها مهمة القيام بنشاط مخالف للقواعد الآمرة ، كاستعمال المرتزقة للمساس بحرمة دولة معينة ، أو ممارسة الإيجار بالرقيق ، تهربا من الرأي العام . ناهيك عن القيام بإبرام معاهدة مخالفة للقواعد الآمرة ، ولقد كتب أحد الساتذة في ذلك يقول :⁽¹⁾

" لكي يتم إبرام معاهدة مخالفة للنظام العام ، ينبغي أن يتوفر نوع من الإهمال والتمكك على القانون الدولي ."

علمنا ما سبق ، إلى انعدام تعريف واضح للقواعد الآمرة . وأن الاختلاف لا زال على أعقده بصددها . ورغم كل ذلك فإن جميع الآراء تتفق على سمو هذا المصنف من القواعد على الأعراف والمعاهدات .

إذا كان ذلك هو موقف الفقه عموما ، فما هو موقف لجنة القانون الدولي ؟ قامت لجنة القانون الدولي بإعداد مشروع اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ، ورغم أنها قدمت الصياغة النهائية للمادة (53) من تلك الاتفاقية ، فإنها لم تعرف القواعد الآمرة . بل اكتفت بإسناد ذلك إلى القضاء والعمل الدوليين⁽²⁾ . واكتفت بالإشارة إلى ذلك بقولها :⁽³⁾

" ليس الشكل هو الذي يضي على القاعدة صفة القاعدة الآمرة . ولكن الطبيعة الخاصة للموضوع الذي تطبق فيه ، هو الذي يمكن أن يضي عليها صفة القاعدة الآمرة . " وهكذا تم تكريس للمادة (53) بالصيغة الآتية :⁽⁴⁾

" تعتبر المعاهدة باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت وقت إبرامها تتعارض مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العامة ، ولأغراض هذه الاتفاقية ، تعتبر قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العامة ، القاعدة المقبولة والممتد بها من الجماعة الدولية كقاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تغييرها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي المائنة لها ذات الصفة . "

(1) - THIERRY (H) , Op - cit ; P: 151.

(2) - نقل عن : ROBLEDO (AG) ; Op - cit , P: 52.

(3) - نقل عن : CHAUMONT (ch) , cours general de droit international ,

(4) و اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 ترجمة الدكتور أحمد عصمت cit , P: 371

من

وتبعاً لما سبق، فإننا نمتد بأن القواعد الآمرة، هي مجموعة القواعد المتعلقة بخوهر المجتمع الدولي، يتطلبها السير الحسن والمنظم للعلاقات

الدولية... ولذلك فهي في مركز أسمى من التصرفات الدولية الفردية وغير الفردية.

ينصب بعض الكتاب إلى تقسيم القواعد الآمرة إلى صنفين: (1)

أولها المنشأ الأول وهو مستقر، ومتفق بشأنه، ويتكون من القواعد الآتية:

- تحريم استعمال القوة.

- تحريم استخدام الرقيق.

- " " القرصنة.

- " " الإبادة.

وأما الصنف الثاني فلم يستقر عليها الرأي العام - كما يعتقدون - وتتكون من:

- المساواة بين الدول.

- حق الشعوب في تقرير المصير.

إننا لا نتفق مع هذا التصنيف، خاصة في اعتقادنا أن مبدأ حق الشعوب في تقرير

المصير يقع ضمن القواعد الأقل إجماعاً بشأنها، رغم إقرار المعلومة التي أحدثها

في بداية الستينيات، كما أن المبدأ الملزم الملزم يؤكد في كل يوم أكثر

من مرة. ولعل الأستاذ "شومزون" - صاحب التصنيف - انتبه إلى ذلك

في دراسته اللاحقة⁽²⁾، حيث اكتفى فقط بذكر القواعد الآمرة كما وردت في الأعمال

التضيرية لاتفاقية فيينا لقانون المساعدات، وذلك على النحو الآتي:

- تحريم استعمال القوة.

- " " القرصنة.

- " " استخدام الرقيق.

- " " الإبادة.

- " " التفرقة العنصرية.

- " " الإرهاب.

- مساواة الشعوب في تقرير المصير.

- سيادة الشعوب على ثرواتها الطبيعية.

- مبدأ حسن النية.

- سيادة الدول.

(1) - CHAUMONT (ch), cours général de droit international public, cit, P: 371.

(2) - CHAUMONT (ch), Sens de droit impératif général, cours, 6e D.E.A - France, Nancy, année 77/78.

- يعتبر رأي الأستاذ " شومون " من الآثار المترتبة على أفعال لجنة للقانون الدولي المتعلقة بتحصير اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات .
- وعلى كل حال يمكن ذكر بعض القواعد التي تنهانا عن المكملتين الشرقية والغربية، في شكل القواعد الآمرة التي تحدد شروط الأمن والسلام بأوروبا (1) حيث جاء في اتفاقيات " هلسنكي " الصادرة بتاريخ 1975/08/01 والمتعلقة بالأمن والتعاون في أوروبا ، ما يلي من المبادئ (2) :
- التساوي في السيادة واحترام الحقوق المترتبة عليها .
 - عدم اللجوء إلى التهديد أو استعمال القوة .
 - عدم التمسك على الحدود .
 - الموحدة الإقليمية للدولة .
 - حل المنازعات بالطرق السلمية .
 - عدم التدخل في الشؤون الداخلية .
 - احترام حقوق الإنسان .
 - المساواة بين الشعوب وحق الشعوب في تقرير المصير .
 - التعاون بين الدول .
 - تنفيذ الإلتزامات بحسن نية .
- نلاحظ غياب عدد من القواعد الآمرة المعروفة كتحريم الإبادة والإتجار بالرقيق والقرمصة . غير أن ذلك لا يعتبر دليلاً على نكران أطراف الإتفاقية الأخيرة صفة القواعد الآمرة على تلك القواعد . إنما اكتفت (الإتفاقية) بذكر القواعد التي لها علاقة بضمان التمثيل السلمي بين الكتلتين فقط .

- (1) - صادت على هذه الإتفاقية خمسة وثلاثون (35) رئيس دولة وحكومة وعم ممثلوا ألمانيا الشرقية ، ألمانيا الغربية ، الولايات المتحدة الأمريكية ، النمسا ، بلجيكا ، بلناريا ، كندا ، قبرص ، الدانمارك ، إسبانيا ، فنلندا ، فرنسا ، بريطانيا ، اليونان ، بلناريا ، بوليفيا ، اسلندا ، إيطاليا ، لكسبورخ ، مالطا ، موناكو ، هولندا ، البرتغال ، رومانيا ، سان ماران ، سانيجاج ، السويد ، سويسرا ، تشكوسلوفاكيا ، الإتحاد السوفياتي ، ويوغوسلافيا .
- علي بوزار - استراليا ، و أمع دولي - مجلة المصير - السنة (2) في
- راجع في ذلك - علي بوزار - المصير - السنة (2) في
- الصدر 266 الصادر في
- (3) المجلد 66 لسنة 1986 في شهر ماي 1986 - ص 13 .
- (2) - علي بوزار - المرجع السابق - ص 14 .

حاول العديد من الكتاب تصنيف القواعد الآمرة ، من بينهم " PUGLIERO FIPOLLE " الذي يمتدح بأنها تتوزع على الشكل الآتي : (1)

1 - القواعد المتعلقة بالمصالح الحيوية للمجموعة الدولية ، كتحريم استعمال القوة أو التشديد بها ، القرصنة ، حرية أعالي البحار .

2 - القواعد التي تحمي حقوق الدول كالمساواة في السيادة ، حق الشعوب في تقرير المصير ، وغيره ، وعدم التدخل .

3 - القواعد التي تحمي الحقوق الأساسية للإنسان ، كحرمة الرق ، حرمة الإتجار بالرقيق ، تحريم الإبادة .

ومكذا فإن عدم وجود تهمريف واضح لهذه القواعد ، لم يمنع من تقسيم

بعض النماذج عنها . وهو ما يؤكد فكرة وجود النظام العام الدولي . الأمر الذي يدعم اختيارنا لاعتباره إطاراً لسلوك الدول الغربي والجماعي لقيام العرف ، رغم وجود الجدل حوله (حول النظام العام) . هذا الجدل الذي يستبر ملزماً لوجود وتطور العلوم الاجتماعية بصورة عامة والقانون الدولي بصورة خاصة .

الفرع الثاني : المساهمات الدولية السامية .

المساهمة تصرف إرادي بين دولتين أو أكثر . ولذلك فإنها تخضع لقاعدتي

" الخاص يقيد العام " و " اللاحق يلغي السابق " .

إن سمو بعض المساهمات على البعض الآخر مثار إشكال ، خاصة عندما تقرر المساهمة ضرورة عدم تعارض التصرفات اللاحقة مع الأحكام المدونة في المعاهدة الأولى . كأن

تتطرق البطلان في حالة التعارض أو تشتت أولوية أحكام المعاهدة الأولى فقط .

تبدو هذه الإمكانية متعارضة مع قاعدة " اللاحق يلغي السابق " ومع ذلك فقد

يتفق أطراف المعاهدة على ذلك ، حيث يتحقق تقييد قاعدة اللاحق يلغي السابق .

أليس هذا هو السمو ، لماذا اشتطت المعاهدة السابقة على المعاهدة اللاحقة

عدم التعارض ، ما هو سر ذلك ؟

يقول الأستاذ " كاسي رولاندو " (2) : " إذا نجحت المعاهدات ... في التعبير عن

المبدأ ، أي إرادة الميكل الاجتماعي ، فإن ذلك المبدأ يسمو بها على الأعراف

والمعاهدات ، بسبب قوته الإبتدائية " .

(1) - ROBLEDO (AG) , Op - cit ; P: 172 - 173. - (1)

(2) - QUABRI (R) , cours général de D.I.P ; cit , P: 339. - (2)

وبمباراة أخرى ، فإن المعاهدة التي تخشى على ضابط من الضوابط الآمرة ، تكون لها الأولوية . وهذا يعني آخر . باعتبار سمو تلك الإتفاقية مستمد من احتوائها على قاعدة آمرة .

إننا نريد دراسة سمو أحكام بعض المعاهدات على البعض الآخر باعتبارها ^{تتجاوز} مبادئها .

ينصب البصر إلى أن إرادة الدول يمكنها أن تحدث قيودا على نفسها أو على بعض أطرافها ، ومن الأمثلة على ذلك :⁽¹⁾

المهد البولوني - السوفياتي لعام 1941 الذي يقضي بإنهاء صحة المعاهدة

المبولونية الألمانية لعام 1939 المتعلقة بتغيير حدود بولونيا .

كما أن المادة (31) من معاهدة السلام بين الحلفاء وإيطاليا لسنة 1947 تقضي :

" تعترف إيطاليا بأن جميع الإتفاقيات والتسويات التي تمت بينها وبين السلطات

القائمة في ألبانيا ، في المدة الممتدة بين 07/04 و 03/12/1943 ك تعتبر باطلة .

وفي الحقيقة ، فإن مثل هذه المعاهدات هي معاهدات الملح لها آثار رجعية .

لكن المدلل الحقيقي لقضية سمو بطرح بصدد المادتين (20) من عهد العصبة

و (103) من ميثاق الأمم المتحدة .

تنص المادة (20) من عهد عصبة الأمم على ما يلي :⁽²⁾

" تعترف الدول الأعضاء في العصبة ، كل فيما يخصها ، بأن هذا الميثاق يلغى

كافة الإلتزامات أو الإتفاقيات التي تقارض من أحكامه . وتتمسهد علنا بعدم

إبرام إتفاقيات مماثلة في المستقبل . "

أما المادة (203) من ميثاق الأمم المتحدة فإنها تنص على :⁽³⁾

" في حالة التنازع بين التزمات أعضاء الأمم المتحدة ، بمقتضى هذا الميثاق،

والتزاماتها بمقتضى إتفاق دولي آخر ، فإن الأولوية تكون للأولى . "

إن المادتين السابقتين تبينان سمو نوع من التصرفات الإرادية عن بعضها

الأخر . علما بأن لكل مادة مميزات . فبينما اعترضت المادة (20) إلغاها

المعاهدة المخالفة لها؛ التي تم إبرامها قبل ظهور المهد ، وذلك باتخاذ تدابير

فورية للتخلص منها من جهة ، والتمسهد بعدم إبرام إتفاقيات مماثلة في المستقبل،

من جهة ثانية .

(1) - MAREK (K) , contribution à l'étude de jus -cogens , cit , P: 455. -

(2) - MAREK(K) , ibid ; P: 442-443.

(3) - راجع في ذلك ميثاق الأمم المتحدة .

وبالمقابل فإن المادة (203) اكتفت بالقول بأولوية الإلتزامات الناجمة عن الميثاق دون الحكم عليها بالبطلان ، ودون الإشارة إلى الإلتزامات المحتملة في المستقبل . وهذا تراجع واضح عن الموقف المعلن في المصيبة .

استنادا على هذا المصنف من المواد توصل البعض إلى القول بأن أحكام الميثاق هي من قبيل القواعد الآمرة⁽¹⁾، فالإلى أي مدى يصح هذا القول ؟ إن الميثاق تصرف اتفاقي ينتمي إلى الإتفاقيات الشارعة ، وطالما هو كذلك فإنه يخضع لإجراء الإنسحاب⁽²⁾، المعروف في المعاهدات . وتبعا للمقولة القاطنة بأن الإنضمام والإنسحاب تصرفان سياديان . فإن الدول الأطراف تستطيع الإنسحاب ومن ثم التهرب من الإلتزامات المترتبة عن المادة (103) المذكورة . بل أن الميثاق نفسه يقر بإمكانية سحب صفة المضمون من الدولة التي تخل باستمرار بالأحكام المعلنة في الميثاق (المادة 06 منه) . فكيف يمكن القول بأن أحكام الميثاق تشكل قواعد آمرة ؟

وفي الحقيقة ، فإنه لو كانت أحكام الميثاق من طبيعة آمرة لما دعت الحاجة إلى إيراد المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات . لكن إذا لم تكن المادة (103) قاعدة آمرة . فما هو مركزها القانوني في سياق الموضوع ؟

تختلف هذه المادة عن الأحكام الإتفاقية الأخرى ، في أنها تنصب على موضوع يتعلق بتحديد الحرية التعاقدية للدول الأطراف بصورة أو بأخرى . والمثال الحي والواضح على هذا التقييد ، هذا المقطع من المادة (20) من عهد المصيبة " وتنسهد علنا بعدم إبرام إتفاقيات مماثلة في المستقبل " . وتبعا لذلك فإن مثل هذه المواد تساهم بقسط ما في تحديد إطار الشرعية الدولية والنظام العام الدولي . لكنها تقع في مركز أدنى من القواعد الآمرة الدولية ، لكونها نتاجا لإرادات الدول التي تخضع للقواعد الآمرة الدولية . وبمباراة أخرى ، لكونها واردة في الميثاق الذي من المفروض أن يكون ملابقا للقواعد الآمرة الدولية وليس العكس⁽³⁾.

- THIERRY (H) ,Op-cit ;P: 151. - (1)

- MAREK (K) , contribution à l'étude de jus cogens,cit; P: 443. - (2)

- CHAUMONT (ch) , Sens de droit impératif général , cours de D.E. A - (3)
France ; Nancy , anné 77/78.

المطلب الثالث: أثر النظام العام على القاعدة العرفية

نتعرض في هذا المطلب للجانب العملي لنظرية النظام العام . أي ما هو تأثير النظام العام على العرف .

لكي نجيب عن هذا السؤال ، ينبغي أن نميز بين مرحلتين ، تميّهما القاعدة العرفية : مرحلة التحضير أو الصيرورة ، مرحلة الإكمال والتطبيق .

الفرع الأول: أثر النظام العام في مرحلة تحضير القاعدة العرفية .

ماذا يعني تحضير القاعدة العرفية .

يعني تحضير القاعدة العرفية كل المراحل السابقة لإكمال القاعدة . أي أنه يعني السوابق المساهمة في بلورة قاعدة ما . فما هو أثر النظام العام على هذه التصرفات .

قديمًا قيل أنه لا يوجد في القانون الدولي قواعد كافية لمقل وبلورة النظام العام ، حتى يمكن الحكم بمطابقة العرف (ومن ثم التصرفات المساهمة في بلورته) لهذا النظام أو عدم مطابقته له . (1) أما الآن ، وبعد أن تبلور النظام العام الدولي ، ولو جزئيًا ، فإن مسألة تطابق العرف أو مكوناته تبدو ممكنة في حدود تبلور النظام العام .

على الرغم من أن المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاملات لم تتكلم عن جزاء مخالفة النظام العام (2) في مواجهة العرف ، ولا في مواجهة السوابق المكونة له . بل أنها تكلمت عن التصرفات الإتفاقية فقط ، ولا غرابة في ذلك ، طالما أن الإتفاقية المذكورة تنظم قانون المعاملات ، ولا تقوم بتحديد الشرعية الدولية .

لقد قررت هذه المادة البطلان للمعاملات السابقة واللاحقة المخالفة لها . غير أن الفقهاء أضفوا على نظرية النظام العام وقواعد " JUS COGENS " المكونة له ، الحجية العامة ، وبسطوها (3) فشملت من بين ما شملت القواعد العرفية

(1) - GIANNI (G) , Op-cit ; P: 53.

(2) - ورد جزاء مخالفة القواعد الآمرة في المادتين (64) و(71) من الاتفاقية المذكورة .

(3) - راجع في ذلك الصفحة (192) وما بعدها من هذا البحث .

فإذا كانت نظرية النظام العام تهيمن على كافة التصرفات بفرض البطلان عليها إذا كانت مخالفة لها ، فإن نتيجة "السوابق" المخالفة لها تكون عديمة الأثر من حيث مساهمتها في بلورة الأحكام العرفية ؛ لكونها باطلة بطلانا مطلقا . وهذا ما نلاحظه مثلا بصدد قاعدة عدم التدخل ، حيث تمسدت السوابق المخلة بها (التدخل) . ومع ذلك فإنها لم تتحول إلى قاعدة عرفية ولن تتحول أبدا ، مادام مبدأ عدم التدخل قائما . والسبب في ذلك هو عدم شرعية السوابق ؛ ولذلك نجد كل طرف يحاول تكييف عمله (تدخله) بالدفاع الشرعي حتى يرفع عنه عدم الشرعية ، وهكذا نجد فيبنتام الفعالية التي يناصرها الإتحاد السوفياتي⁽¹⁾ ، تصف موقف الولايات المتحدة الأمريكية مع فيبنتام الجنوبية بالتدخل غير المشروع . في حين يعتبر هذا الأخير موقفه دفاعا شرعيا ضد اعتداءات الفريز الأول . وتتمسك فيبنتام الجنوبية والولايات المتحدة الأمريكية بالمادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة ، التي تعترف بحق الدفاع الشرعي الفردي والجماعي .

وحين استعمل المراتي الأسلحة الكيميائية في حربه مع إيران ادعى كذلك بالدفاع الشرعي .

لقد وجدت لمية التكييف القانوني الإصطناعي في عهد المصبة وميثاق الأمم المتحدة . فالمهد يصف الإنتداب بالمهمة المقدسة ، والميثاق يصف الوصاية بنفس الوصف (م73) ، والجدير بالذكر أن الوصاية مقسمة إلى ثلاثة أصناف ، كما تنص المادة (77) من الميثاق :

أ- الأقاليم التي كانت تحت الإنتداب .

ب- الأقاليم المقتطفة من الأعداء ، إثر الحرب العالمية الثانية .

ج- الأقاليم الموضوعة إراديا تحت هذا النظام من طرف الدول المديلة لها .

ففي ما يخص الفئة (أ) فإننا نعلم جيدا وضع فلسطين وحالة ناميبيا . ويبقى (ب) و (ج) وأقل ما يقال عنهما ، أنهما محاولة لإضفاء الشرعية على الإستعمار . ولما كان مبدأ حق العصب في تقرير المصير أسمى من الميثاق ، فإن عدم شرعية هذه المؤسسات أمر لا مفر منه .

(1) - QUADRI (R) , cours général de D.I.P; cit ,P: 336. et voir :
FRIDMANN(W) , de l'efficacité des institutions internationales;
cit , P: 32-33.

وتبعا لذلك ، تقع هذه المواد تحت طائلة البطلان . ويقع السلوك أو السوابق المتعلقة بها تحت وصف عدم الشرعية والبطلان . ومن ثم فإنها تفقد القدرة على المساهمة في تكوين الصرف ولو تكررت في نصوص مساهمات أخرى .

الفرع الثاني : أثر النظام العام على القاعدة المرفية .

إن أثر النظام العام على القاعدة المرفية هام جدا . والسبب في ذلك أن معظم القواعد المرفية تكونت في غياب النظام العام الدولي ، ولذلك فإن وجودها يقتضي غولبة مثل هذه القواعد . ثم إن التطور سنة من سنين الله في خلقه ، وعليه - وكما تصور المادة (53) من اتفاقية فيينا من قانون المعاهدات - فإن إمكانية ظهور ضوابط أمرة جديدة أمر وارد بالحسبان . وتبعا لذلك فإنه ينبغي دراسة أثر النظام العام على القاعدة المرفية .

وبعبارة أخرى ، إذا كان جزاء مخالفة النظام العام هو البطلان . فهل تعتبر الأعراف المخالفة له باطلة ؟

إذا كانت المادة (53) السالفة الذكر والمادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة تتكلمان عن المعاهدات ، فهل يمكن أن يشمل حكماهما القواعد المرفية .

يطرح الأستاذ " تيسي " سؤالا شبيها بهذا ، ويجب بصلاصة استفهام .

حيث يقول : (1)

" إن الإيجابيتين السلبية والإجابية لا تفيان بالضرورة . وستاء الأستاذ نفسه لكون القواعد الأمرة مكرسة جزئيا في القانون الدولي ، باقتصارها على المعاهدات الدولية فقط ، في الوقت الذي كان يجب أن تمتد حجيتها المامة إلى جميع القواعد القانونية . وبعد ذلك يقول بأنه - في الوضع القانوني الحالي - يمكن للتصرف المنفرد أن يكون نافذا بالنسبة للدول التي تقبل به ، والسبب في ذلك نسبية المراكز القانونية (2)

وفي الحقيقة ، فإنه ينبغي ملاحظة السياق النظري لأساس القانون الدولي ، قبل الإجابة على السؤال المطروح . هذا السياق الذي يؤكد حقيقة هامة .

- THIERRY (H) , Op -cit ; P: 151.

- (1)

- thierry (h) , ibid ; P: 151w

- (2)

مكرسة في المواثيق الدولية ، ألا وهي النظرية الإرادية ، كمصدر للقانون الدولي العام . ولقد تجلّى ذلك في المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية .

من بين ما تعني النظرية الإرادية أولوية التفسير الصريح عن التعبير الضمني ، وأن ما ينطبق على التفسير الصريح ينطبق على التعبير الضمني في حالة ثبوته . وتبعا لهذا الاستنتاج ، تسوّل إلى بطلان الأعراف المخالفة للقواعد الآمرة .

يؤكد هذا الإتجاه عدد من الكتاب : نذكر منهم " نيقولوديس " الذي يمتدّد بمسوّ البطلان (جزء مخالفات النظام العام) على كافة التصرفات القانونية .⁽¹⁾ ويقول الأستاذ " كاسي رولاندو " في ذلك ما يلي :⁽²⁾

" ... فإذا كانت هذه المبادئ (القواعد الآمرة) هي التي تحدد القوة الملزمة للمعاملات والأعراف ، فإنه ينبغي على هذين الأخيرين عدم المرفوع في التناقض مع هذه المبادئ ، لكي تكون صحيحة ، ومخالفة القاعدة السرفية أو الاتفاقية لهذه المبادئ ، يجعلها باطلة . "

وهذا هو الصواب على ما نعتقد ، ذلك لأن أغلب القواعد القانونية الدولية تصود في أصلها إلى المرف . فإذا كانت تقع خارج اختصاص القواعد الآمرة فإن ذلك يؤدي إلى التقليل من ميدان فكرة النظام العام الدولي . وهذا ما يرفضه الذوق القانوني السليم .

يترتب على هذه السعة لفكرة النظام العام ، سقوط عدة قواعد عرفية تحت طائلة عدم الشرعية والبطلان ، نذكر منها :

قاعدة الحقوق المكتسبة ، التي تسقط بفضل قاعدة تغير الظروف وحين الشوب في تقرير المصير . كما تسقط القاعدة القائلة بأن أشخاص القانون الدولي يتكونون من الدول فقط . وتسقط قاعدة امتياز مصالح بعض الدول على مصالح البعض الآخر بقاعدة المساواة في السيادة بين الدول . لكن ما هو الحد الذي يستدعي تدخل القواعد الآمرة لإحداث آثارها (البطلان) .

(1) - NICOLOUDIS (EP) , la nullité de jus-cogens; cit ;P: 65.

(2) - QUADRI (R) , cours général de D.I.P; P: 335 etss .

يسرى البعض أن إنعدام التوافق البسيط بين القواعد الآمرة والشواهد القانونية الأخرى من حيث المضمون ، لا يستدعي البطلان . بل أن النظام العام يتدخل في الظروف الاستثنائية بناءً " على أسس أكيدة . وعندما لا يسمح المصور القانوني الدولي بأي تجاوز لمبادئه " (1) ^{ويطلب} وبذلك بالتوجه الدولي الراهن غير القابل للتنظيم الدقيق والجامد .
يمكننا تقبل هذه الفكرة للأسباب الآتية :

لأنه - في الحالة المعروضة - يمكن تعديل البند الذي لا يتناسب مع مفهوم قاعدة أمر مميّنة . كما يمكن إيراد بند خاص بتفسير البند المعنوي (الذي يبدو غير مطابق لمضمون قاعدة أمر) ، أو إيراد تحفظ بشأنه . والمعبرة في كل ذلك هي سلامة جوهر النظام القانوني بالدرجة الأولى . لكن من له حق إعلان عدم تطابق سلوك ما مع القواعد الآمرة ؟
أسند البند هذه المهمة إلى جهاز قضائي منصف أو جهاز تعريفي (2) . غير أن ذلك لا يتوفر على الصعيد الدولي ، حيث لا زال القضاء اختياريًا ، ولا يوجد جهاز تشريعي . الأمر الذي يولد عدة صعوبات في هذا الصدد . وفي الحقيقة ، فإن قيام قاعدة مخالفة لقاعدة أمر ، أو التيام بتطبيقها يولد عدة متاعب على صعيد العلاقات الدولية . ويحدث أوضاعاً شاذة كذلك . ويتم إيجاد الحلول لتلك المتاعب بكافة الطرق الودية ، كالتحكيم والقضاء والتوفيق وعرض النزاع على مؤتمر دولي .
يبدو أن عرض النزاع على مؤتمر دولي أفضل من القضاء أو التحكيم أو التوفيق ؛ نظراً للمشاركة الجماعية في إيجاد الحل للقضية المعروضة . وهكذا يمكن إسناد هذه المهمة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة ، التي تتمتع باختصاص واسع طبقاً للمادة (11) من الميثاق، التي تمنحها الجمعية العامة صلاحيات عامة لمناقشة ودراسة كافة المسائل المتعلقة بمبادئ التعاون والمحافظة على الأمن والسلام الدوليين . وطبقاً للمادة (13) منه ، التي تحدثت عن تدوين وتطوير القانون الدولي ، وعلى أن تلجأ الجمعية العامة المتابعة للأمم المتحدة للقيام بهذه المهمة بالأجهزة والخبراء .

(1) - QUADRI (r) , cours général de D.I.P; P: 336. - (1)

(2) - MAREK(K) , contribution à l'etude de jus cogens; cit ;P: 459 . 9 (2)

التابعين لمنظمة الأمم المتحدة بما في ذلك محكمة العدل الدولية طبقاً للمادة (96) من الميثاق، أو تنفي الأجهزة التي تراها مناسبة طبقاً للمادة (22) منه .

وأخيراً ، فإن القاعدة السرفية المخالفة لضابط من الضوابط الآمرة تعتبر باطلة إذا كانت قائمة قبل ظهور القاعدة الآمرة . أما إذا كانت لم تظهر للوجود بمد ، فإن الطريق يكون مدوداً أمامها للظهور ، باعتبار كون السوابق التي تسام في إنشائها غير مفروعة وباطلة من الناحية القانونية . ولذلك يتمنر عليها الساممة في تكوين قاعدة عرفية في هذا الإتجاه .

وبذلك تتأكد صدقية المعية العامة للقواعد المكونة للنظام العام الدولي - خاصة منها القواعد الآمرة الدولية - حيث تتحقق هيمنة النظام العام الدولي على بقية قواعد القانون الدولي . ناهيك عن التصرفات والسوابق التي قد يصرها شرح العلاقات الدولية . وبهذا يكتمل الإطار القانوني لقيام القاعدة السرفية التي تمتير بحق مصدرها للقانون الدولي العام . لكن هل يكفي الإطار القانوني وحده لتحقيق ذلك ؟

تعلينا الإجابة على هذا السؤال إلى المبحث الآتي .

المبحث الثاني .

الإطار السياسي والاجتماعي لقيام المصرف .

عرف المجتمع الدولي ، بعد الحربين العالميتين ، تغيرات سياسية واجتماعية بالإضافة إلى التغيرات العسكرية ؛ حيث اقتحم الإتحاد السوفياتي أسوار النادي المفلق وظهرت بذلك إيديولوجيتان متناقضتان على الصعيد الدولي ، وكل منهما يتربص الآخر في حرب باردة .

وعلى الصعيد التحري ، تحركت الشعوب المستعمرة لنيل استقلالها . وترتب على ذلك ظهور دول جديدة مستقلة ، شكلت فيما بعد كتلة مستقلة تسمى بعدم الإنحياز . في خضم هذه الظروف وجدت الدول أنفسها أمام عدة تناقضات (1) فمن جهة تريد أن تتعامل مع الدول الأخرى ، ومن جهة أخرى فإنها حريصة كل الحرص على استقلالها . ومن جهة تريد إرساء دعائم قانون يكفل المصالح المتبادلة لمجتمع الدول ، ومن جهة أخرى فهي مقيدة بقيود القانون القديم .

ومن جهة فإن الحرب هي التي أفقدتها سيادتها أو عطلتها ، ومن جهة أخرى فإن هذه الشعوب استرجعت سيادتها بعد خوض غمار حرب تحريرية . لقد أفرزت هذه الظروف معطيات جديدة نذكر منها :

- 1 - التعايش السلمي ؛ الذي وجد الإتحاد السوفياتي مناسبة لطرحه على الجمعية العامة سنة 1960 بمناسبة دراسة عدد من المياني لغرض التدوين (2) .
 - 2 - السيادة النسبية ، سواء باعتماد ميثاق الأمم المتحدة ، خاصة المادة (103) منه ، أو باعتماد المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات .
 - 3 - ضرورة إعادة بناء ما هدمته الحروب ، وإصلاح ما أفسده الإستعمار والسمي للحاق بالركب الحضاري عن طريق التنمية .
- وتبما لذلك فإننا نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية .

(1) - نذكر منها التعاون والاستقلال الوطني ، النظام القانوني الدولي والثورة ، حق الشعوب في تقرير المصير ومناطق التفوذ . راجع في ذلك :

- CHAUMANT (ch) , cours général de droit international public, cit, P: 348 et FRIDMANN (W) , NOUVEAUX ASPECTS du droit international, traduit par/ : M^r LAPRADELLE, PARIS , édition internationale 1971, PP: 7-25 .

- CHAUMANT (ch) , ibid , P: 377.

المطلب الأول : التمايش السلمي .

بالإضافة إلى التناقضات السابقة ، هناك عنصر لا يقل أهمية ، بل أنه قد يكون الحافز والمبرر الأكبر حلاً لضرورة التمايش السلمي بين مختلف الأنظمة السياسية والاجتماعية . ويتمثل هذا العنصر في مخاطر الحرب النووية ؛ التي لا تبقي ولا تذر ، خاصة وأن امتلاكها ^{وسائلها} يتوسع من حين لآخر ، وهذا ما جعل السياسيين يضعون مبدأ استمرار الحياة قبل الصراعات الإيديولوجية (المحافظة على الأديان قبل المحافظة على الأديان) . وبذلك ظهرت فكرة التمايش السلمي ، باعتبارها نتيجة مناسبة للبيئة التحتية المالية غير الموهبة (1) .

إن قيام نظام دولي مستمر ، يستدعي توافر الشرعية والديموقراطية كما يرى البعض (2) : " إن مبدأ الشرعية يجعل أجهزه الدولة تنماع للقواعد المحددة مسبقاً ... وهذا ما يستكمل به تحقيق مبدأ الديمقراطية ، حيث يكون القانون هو السائد " .

وعلى ضوء المبحث السابق فإن إطار الشرعية قد تحدد ولو بصورة جزئية . ولا يبقى - إذن - سوى سيادة الديمقراطية لقيام نظام دولي مستمر .

تعني الديمقراطية من بين ما تعني ، سيادة التمايش السلمي ، الذي يعني " عدم الجدل في شرعية الأنظمة السياسية " (3) ؛ كل دولة حرة في اختيار النظام السياسي الذي تراه مناسباً ، ويتفقين ، آخر . لا يكون الاختلاف في نوع النظام السياسي سبباً لقيام الحرب وتمزق المجتمع الدولي وتشتته . إذ أن التمايش والتبادل الدبلوماسي هما الشرطان الضروريان لتماسك المجتمع الدولي ، وتحقيق الرقي الاجتماعي الذي تكلمت عنه ديباجة ميثاق الأمم المتحدة .

إذا كانت هذه بعض مبررات التمايش السلمي ، فكيف ظهر ؟ ، وكيف تم فهمه ؟ وما هو مقياره ؟

(1) - FRIDMANN(W) ,Nouveaux aspects dedroit international ,cit;24125

et Voir CHAUMANT (ch) , SENS de droit impératif , cours de DEA France , Nancy 1977/1978.

(2) - TROUTSES(A) , Politique et droit dans les relatons internationales

ATHENES , P et Klissiounis 1967, P: 156.

(3) - كما يرى الأستاذ " تونكين " والأستاذة " باستيد " انظر في ذلك :

تونكين - القانون الدولي العام المهار إليه - ص 62 و انظر كذلك :

- CHAUMANT (ch) ,Sensde droit impératif général , cours de D.E.A, France , NANCY 1977/78.

يقول الأستاذ " شومون " : " قدم الاتحاد السوفياتي اقتراحا مفاده دراسة مبدأ التعايش السلمي من بين المواضيع المراد تدوينها (1). ثم قامت الدول الغربية بالاحتجاج على ذلك ، بحجة أن هذا المبدأ سياسي بحت ، ولا يمكن أن يكون له معنى قانونيا ، فتقدمت باقتراح تبديله بمبدأ : العلاقات الودية والتعاون فيما بين الدول طبقا للمادة الأولى الفقرة الثانية والثالثة من ميثاق الأمم المتحدة ، فوافق أعضاء الوفد السوفياتي على لسان تونكين على ذلك ، ولكنه استمر في استعمال مصطلح " التعايش السلمي " .

يتضمن التعايش السلمي طبقا لمنتدى الاتحاد السوفياتي في الأمم المتحدة رفض الحرب ، عصمة العلاقات بالطرق السلمية ، عدم التدخل ، حرية الاختيار والسيادة والمساواة (2)

يعتقد تونكين بأن التعايش السلمي يغطي جميع المباني الواردة في ميثاق الأمم المتحدة (3).

وفي الحقيقة ، فإن هناك تقارب بين المفهومين الغربي والسوفياتي ، ذلك أن المندوب السوفياتي يفهم المبدأ من خلال المادة الأولى الفقرتين الأولى والثانية من الميثاق ، بينما يفهمها الإثجاه الغربي طبقا للمادة الأولى الفقرتين الثانية والثالثة من الميثاق .

أما إذا نظرنا إلى موقف مؤتمر الأحزاب الشيوعية المنعقد بموسكو سنة 1969 فإننا نجد أنه يتعمد مذهبها آخر ، لا يتفق مع الأول . ذلك أنه يعتقد بأن التعايش السلمي يتمثل في " عرقلة المحاولات الإمبريالية لتجاوز تناقضاتها الداخلية " (4). وبعبارة أخرى ، فإن التعايش السلمي هي مرحلة لتكريس النظام الشيوعي وعرقلة النظام الإمبريالي سلميا حتى لا يتجاوز تناقضاته ، ريثما تتم السيادة الكلية للشيوعية .

إذا كان هذا هو موقف الأحزاب الشيوعية سنة 1969 فما هو الموقف الحكومي ؟ يعني الموقف الحكومي أن التعايش السلمي هو تزامن الأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في العيش سوية ، وكدليل على ذلك نورد رأي " خروتشوف " لسنة 1960 .

(1) - CHAUMANT (ch) , cours général de droit international , cit , P: 377 .

(2) - وهو ما دعا إليه برنامج الحزب الشيوعي سنة 1961 . راجع في ذلك مؤلف

تونكين - القانون الدولي العام - ص 19 .

(3) - تونكين - نفس المرجع - ص 62 .

(4) - CHAUMANT (ch) , ibid , P: 379/ .

(4) - نقلا عن :

حيث يقول فيه: (1) "إن المآثر الكبرى لـ "لينين" ... هي خلق المبدأ
الوحيد الذي يطبق في الوقت الحاضر على السياسة الخارجية؛ المتمشية مع
وجود نظامين اجتماعيين: مبدأ التعايش السلمي بين الدول ذات الأنظمة
الإجتماعية المختلفة".

وبمفهوم المخالفة، فإننا لسنا بحاجة إلى التعايش السلمي في حالة انجم
الأنظمة السياسية والإجتماعية والإقتصادية. وهذا مفهوم ضيق الأثر. ذلك أن
أسباب الحروب ليست بالضرورة أسباباً إيديولوجية، بل المصلحة هي إيديولوجية
الجميع، وهو، فراء، كل الفوائد الإقتصادية والعالمية. ما هو التعايش السلمي
إذن.

التعايش السلمي هي مرحلة السلام التي تسود العلاقات الدولية، على
أساس الشرعية الدولية والديموقراطية (2) ينظر النظر عن تنوع الأنظمة
السياسية والإجتماعية. إنه مبدأ ملازم لاستمرار الحياة الدولية، وتوازن
المصالح بين أعضاء المجتمع الدولي.

المطلب الثاني: السيادة النسبية

تسني السيادة في المفهوم العام، حرية التصرف داخليا وخارجيا. أي أن
الدولة لاتخضع لأية سلطة في تصرفاتها.
لقد أدى هذا المفهوم بالبعض إلى القول بانعدام المسؤولية الدولية، إطلاقا
من فكرة السيادة المطلقة؛ الأمر الذي لا يخدم الفكر القانوني والتنظيمي
الضروري لقيام العلاقات الدولية الحديثة.
تطرح السيادة قضية في غاية الخطورة؛ حيث تجعل الفقهاء والسياسيين في موقع
التفاضل بين سيادة الدول وبين سيادة القانون الدولي (3). وهذا هو جوهر
التناقض، إذ ما هي حدود سيادة الدول؟

(1) - نقلا عن تونكين - المرجع السابق - ص 61.

(2) - ذهب الأستاذ "ERIK SUJ" في تقريره إلى موقف مشابه من ذلك، حيث قال
بأن القواعد الآمرة تحدث آثارها ... بما في ذلك تحديد الإرادة السيادية
للدول عن طريق خضوعها لمبادئ التعايش السلمي لمختلف الأنظمة السياسية

راجع في ذلك MAREK (K), contribution à l'étude de Jus - cogens cit, p:440.

(3) - NICOLOUDIS (N), la nullité de Jus cogens cit, P:44.

لقد طُرح إشكال شبيه بهذا، في قضية " لوتيس " سنة 1927، وانتهت المحكمة الدائمة إلى أن سيادة الدول لا تفترض (1).

وإذا كانت السيادة بهذا الشكل، فإنها تكون موجودة في كل مكان وتفرض نفسها وقانونها على كل ضمير لا يستطيع التخلص من سلطانها. وهذا ما حدث عملاً للقانون الدولي التقليدي (قاعدة الامتيازات، قواعد اكتساب الاقليم) . وتبعا لذلك فإننا نؤيد قول الأستاذ " ش. شومون " الذي يقضي بأن القانون الدولي التقليدي هو صيغة تفضل القوي على الضعيف (2).

إن الوضعية المشار إليها أدت بالأستاذ " Antoine Pillet " إلى وصف الإستقلال بوصف يفرغه من أية قيمة عملية؛ حيث يقول: (3)

" إستقلال المدول مفهوم أجوف - لمراد قيمة المصوم - إن العلاقات

الحقيقية بين دول المجتمع الدولي، هي بالدرجة الأولى علاقات تبعية "

إن الأستاذ PILLET " على جزء من الصواب، ذلك أن الواقع يؤكد العلاقات

التبعية التي أشار إليها؛ وتخلفنا جاء بطريقة أو بأخرى من هذه التبعية. لكن هل يسمح لنا ذلك بإفراغ الإستقلال الوطني من أية قيمة عملية؟

في الحقيقة لا يصح وصف الإستقلال الوطني بكلمة أجوف، لمدة أسباب نذكر منها:

1 - إن إفراغ الإستقلال الوطني من أية قيمة، يعني الرضاء بالتبعية وتكريس الإستعمار وتقبل نتائجه الوخيمة .

2 - إن إفراغ الإستقلال الوطني من أية قيمة عملية يثبط عزائم الحركات

التحريرية؛ التي تناضل ضد التبعية بكافة أشكالها .

3 - إن الإستقلال السياسي هو الأداة الوحيدة للتخلص من التبعية بكافة أشكالها؛

بدليل أن الدول الحديثة الإستقلال، هي التي تدفع بحركة القانون الدولي

إلى الأمام، وهي التي حققت عدة انتصارات؛ كاعتماد مبدأ حق الشعوب في

تقرير المصير، والسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية والإعلان من أجل

نظام اقتصادي دولي جديد ... الخ .

لكن هل حققت هذه الدول أهدافها باستعمال السيادة المطلقة؟

(1) - CHAUMONT (ch) , cours général de D.I.P cit, P:468 et .

FRIDMANN (W) , Nouveaux aspects de de droit international cit, P:45 .

(2) - CHAUMONT (ch) , ibid , P : 344.

(3) - GIANNI (G) , Op cit, P: 50 .

تعني السيادة المطلقة سياسة القوة • والجدير بالذكر أن هذه السياسة أدت إلى وقوع العديد من الشعوب تحت نير الإستعمار ، ولم تحصل تلك الشعوب على استقلالها السياسي إلا بعد خوض غمار حروب تحريرية • وهي الآن منهكة في البحث عن طرق التخلص من مخلفات الإستعمار على كافة الأصعدة ، وخاصة في الميدانين القانوني والإقتصادي ؛ ولذلك ظهرت عدة أصوات تنادي بإقامة القانون الدولي على اعتبارات أخرى ، من بينها المساواة في السيادة ؛ طبقا للمادة الثانية الفقرة الأولى ، فن ميثاق الأمم المتحدة (تقوم المنظمة على مبدأ المساواة في السيادة لجميع أعضائها) • لكن ماذا تعني المساواة في السيادة ؟

حددت اللجنة المكلفة بصياغة الفصل الأول من الميثاق معنى المساواة في السيادة في النقاط الآتية (1)

- 1 - الدول متساوية قانونا .
 - 2 - تمتع كل دولة بالحقوق الأصلية المنبثقة عن السيادة التامة .
 - 3 - يجب على كل دولة احترام شخصيات الدول الأخرى .
 - 4 - حرمة السلامة الإقليمية و صيانة الإستقلال السياسي للدول .
 - 5 - لكل دولة الحق في اختيار وإقامة نظمها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية .
 - 6 - على كل دولة واجب التقيد بالتزاماتها الدولية تقيدا تاما ، يحدوه حسن النية ، وواجب الميثاق بسلم مع الدول الأخرى .
- إن نظرية السيادة المطلقة لا تستطيع استيفاء النقاط التي ذكرتها اللجنة ، ولكن السيادة النسبية هي التي تستطيع أن تفعل ذلك .
- لقد وضعت السيادة النسبية موضع التنفيذ في المادة (103) من الميثاق ، واكتملت صورتها وحدودها العامة بالمادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 .

(2) إن الدولة - وهي تتمتع بالسيادة - لا تستطيع خرق القواعد العامة الماسية بجوهر النظام الدولي العام . كما أنها لا تستطيع التحلل من التزاماتها

(1) - صادق عصام رمضان - المرجع السابق - ص 86 . وانظر كذلك محاضرات الأستاذ فائز انجاك - القانون الدولي والتنمية - الجزائر . كلية

الحقوق سنة 1979 - 1980 .

(2) - صادق عصام رمضان - نفس المرجع - ص 32 .

إلا بما تقتضيه الضرورة (مبدأ تنفيذ الإلتزامات بحسن نية ، مبدأ المقدم
شريعة المتعاقدين) . وبهذه يصبح القانون والسيادة ليسا متناقضين ،
وإنما متآلفين ، يخدم كل منهما الآخر .

فالقانون يقوم بالمحافظة على السيادة بتقرير المساواة وعدم التدخل .
والسيادة تقوم بالمحافظة على القانون بتكريسه وإثرائه في إطار احترامه ،
وفي ظل تلك الظروف ، هل يمكننا اعتماد الفعالية كمعيار لقيام المرف .

يمتقد الأستاذ " هـ . دو فيشر " بأن الفعالية في العمل حركة قوية
تخدم التمريع الدولي . . . ومع ذلك فإنها أقل إنتاجية للمرف .⁽¹⁾ لأنه يمتد
بأن هذا المصير إنما هو عصر التعبير الصريح . . . لأنه عصر المعاهدات .

إذا أخذنا قول الأستاذ عن الصيرورة التقليدية لتكوين القاعدة العرفية ،
فإننا نجد الإتفاقية تشكل إحدى السبل لقيام المرف . وتبعا لذلك ، تبقى
الفعالية نمطا لإنتاج المرف ، كما يمتد الأستاذ السالف الذكر . لكن إلى أي
مدى يتصدق هذا القول ؟ وبعبارة أخرى ، إذا تم إبرام عدة اتفاقيات
دولية تقضي بحق البعض في التدخل العسكري لدى البعض الآخر ، فهل يمكن
أن يتولد عن ذلك قيام قاعدة عرفية في هذا الممنى ؟

إن الذوق القانوني السليم يأبى قيام مثل هذه القاعدة . إن الذوق القانوني
يسرف تحول الواقع إلى قانون ، ذلك لأن للواقع تناقضات وانقلابات . ومهمة
القانون تتمثل في تنظيم وتهذيب الواقع وليس تكريسه . ومن هنا جاءت
الشرعية الدولية لتحل محل الفعالية أو العمل الدولي بصورة عامة ، في
بلورة أحكام القانون الدولي عامة والقانون المرفي خاصة .

(1) - DEVISSCHER (ch) , Les effectivités du droit international , cit, p:70

المطلب الثالث: التعاون والتنمية

إن مشكلة أغلب أشخاص القانون الدولي مشكلة فريدة • إن الدول - وهي تمثل الأشخاص الرئيسية - تشكو في معظمها من غطرسة النظام القانوني الدولي ذلك أنها كانت ضحية الإستعمار الذي كرسه هذا النظام بشتى أنواعه • وبعد أن خاضت الكثير من الشعوب الحروب التحريرية، خالت الإستقلال السياسي، غير أنها ما فتئت تنعم بهذا الإستقلال، حتى تبيّن لها أن مخلفات الإستعمار تهددها في كيانها وسلامة بنائها الإجتماعي؛ حيث أن التثخيف يضرب على كافة القطاعات الإقتصادية والاجتماعية والثقافية، بحواجز ليس من السهل على البلدان الجديدة تجاؤها • ولكي تقترب الصورة من الأذهان، ننقل هذا المقطع من تقرير البنك الدولي للإنشاء والتمهير لسنة 1977، (1)

" يوجد في العالم الثالث مائتين وخمسين (250) مليون نسمة تقراكم فيهما كوني من الصفائح القصديرية ٠٠٠ وثلاثين (30) مليونا في بطالة مزمنة، وخمسة وستين (550) مليون أمريكي، و سبعمائة (700) مليون نسمة يقاسون من سوء التفنيسية الحادة، و مائتي (200) مليون ليس لهم الحق في الماء الصالح ولا النظافة • " وتكتمل الصورة بمعرفة الدخل الذي يتصل عليه العالم الثالث مقارنة بدخل العالم المتقدم (2)؛ ذلك أن سكان العالم الثالث وهم يشكلون ثلاثة أرباع (3/4) سكان العالم، يتصلون على 6١5% من الدخل العالمي • بمعنى أن ربع (1/4) سكان العالم يتصلون على 93١5% من الدخل العالمي • أما على الصعيد الفردي، فقد قُدّر دخل الفرد في العالم الثالث بأنه أقل بثمانية عشرة مرة (18) من دخل الفرد في البلدان الصناعية، وهذا فرق كبير يندى الجبين لمعرفة ولذكرة •

إذا كانت تلك الفقرة تمثل الطالة التقريبية للوضع الداخلي للبلدان النامية، فما هو وضعها على صعيد العلاقات الدولية؟
تمتاز البلدان النامية - في معظمها - بأنها تعتمد على مصدر وحيد في الحصول على العملة الصعبة، حيث تقوم بتصدير المواد الأولية وتستورد المنتوجات الأخرى

(1) - نقل عن الأستاذ محمد بجاي - من أجل نظام إقتصادي دولي جديد - ص 30

(2) - محمد بجاي - نفس المرجع - ص 28 • 30

لقد أحدثت هذه المتكافئة غير المتكافئة كـ نتائج وقيمة على البلدان النامية .
نذكر منها معاملة الديون الخارجية من جهة ، وتفضيها وارتفاعها من جهة ثانية ،
ولتوضيح ذلك نضرب مثالين : (1)

1 - كانت تسديدات الديون سنة 1967 تشكل 3% من مائزات البيرو ، وأصبحت

تشكل 32% سنة 1973 .

2 - كما كانت تلك الديون تقدر بنسبة 19.6% بالنسبة لصر وأصبحت

تقدر بنسبة 84.5% في نفس الفترة .

وهكذا أصبحت الديون تزيد عن القروض بنسبة 20% بالنسبة لإفريقيا ، و30%

بالنسبة لأمريكا اللاتينية . بمعنى أن القرض الجديد لا يكفي حتى لتسديد الديون

القديمه ، وهذا عدم تحمل بالنسبة للبلدان النامية .

وإزاء هذا الوضع ، ينبغي أن نتساءل عن دور القانون الدولي .

يمكن القول بصورة عامة ، بأن القانون الدولي التقليدي يتجاهل الأوضاع القانونية
والاجتماعية الداخلية والخارجية للبلدان النامية . وهو ما يعني تجاهل الشروط

الضرورية لممارسة هذه البلدان لسيادتها والمحافظة على استقلالها .

وأمام هذا الوضع تأكدت هذه الدول بأن المساواة في السيادة لا تتحقق إلا

بتحقيق المساواة في عملية التنمية (2) .

إن القانون الدولي الذي تنازل البلدان النامية من أجله ، ليس مجرد قانون

للتعويض واللامبالاة . إنه قانون هدم . إنه (3) " مجموعة من الأحكام مصاغة

بقصد تحقيق هدف معين ، هو التنمية للجميع ، " ويعتبر آخر ، فإن الدول

النامية أضفت على القانون الدولي مفهوما جديدا . إنه مفهوم القانون الدولي

للتنمية . إنه القانون الذي يأخذ التنمية بعين الاعتبار .

إذا كان الأمر كذلك ، فما هو موقف أشخاص القانون الدولي ، وخاصة منظمة الأمم

المتحدة ، من ذلك ؟

يمكن القول بأن هناك اتفاق مبدئي حول ضرورة تنمية البلدان الفقيرة ، وإن

اختلفت البواعث في المواقف العملية . ولقد تم تكريس هذا الإتفاق المبدئي

(1) - محمد بجاي - المرجع السابق - ص 50-49 .

(2) - محمد بجاي - نفس المرجع - ص 165 .

(3) - محمد بجاي - نفس المرجع - ص 168 .

في ميثاق الأمم المتحدة ، في المادة الأولى الفقرة الثالثة التي تضي :
 " تحقيق التعاون الدولي عن طريق إيجاد الحلول للمشاكل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الدولية ... " وكفى بذلك اعتبار التعاون من أجل التنمية مشكلة دولية . لكن هل تحقق ذلك أو على الأقل تحقق جزء منه ؟
 هي الواقع ، يمكننا ملاحظة بؤادر تحقق ذلك ، بفضل جهود البلدان النامية⁽¹⁾ التي ناضت من أجل استرجاع سيادتها على ثرواتها الطبيعية ، ومن أجل التحكم في علاقات التبادل التجاري مع الدول المتقدمة ؛ بفرض أسعار للمواد الطبيعية ، على الأقل في مرحلة ما قبل الأزمة البترولية الحالية .
 ولقد تم بفضل هذه الجهود استصدار القرار (1803) سنة 1962 من الجمعية العامة ، وتم بذلك تكريس السيادة الدائمة على التروات الطبيعية بصورة رسمية⁽²⁾ . وكانت الجمعية العامة قد اعتمدت قراراً رقمه (1707) سنة 1961 ، يعتبر التجارة⁽³⁾ الدولية أدلة رئيسية للتنمية الاقتصادية ، وأعلنت الجمعية العامة عن عزمها في عقد مؤتمر دولي حول التجارة والتنمية ، وتم انعقاده فعلا سنة 1964 ، تحت إسم مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ، ثم انعقدت مؤتمرات أخرى منها : المنعقدة في دلهي الجديدة سنة 1968 ، والمنعقدة في سانتياغو سنة 1972 ونيروبي عام 1976 .
 يقوم هذا المؤتمر بتسطير مبادئ التجارة الدولية ، بمراعاة درجة النمو وتوسيع ميدان التجارة الدولية .
 وفي سنة 1966 تبنت الجمعية العامة القرار رقم (2152) وتم إنشاء مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (O.N.U.D.I) الذي يهدف إلى تحديد كيفية المساهمة في تطوير البلدان النامية صناعياً ، وكيفية نقل التكنولوجيا .
 وتم تدعيم هذين الجهازين (C.N.U.C.E.D) و (O.N.U.D.I) بجهاز ثالث⁽⁴⁾ هو برنامج الأمم المتحدة للتنمية (P.N.U.D) ، الذي تمخض عن دمج برنامج المساعدة الفنية مع الصندوق الخاص بالتابعين للأمم المتحدة ، وذلك سنة 1965 .

(1) - فائز أنجاك - القانون الدولي للتنمية - الجزائر كلية الحقوق السنة

الجامعية 1979 - 1980 .

(2) - محمد مضربي - السيادة الدائمة على مصادر النفط - بيروت . دار

الطلبة 1973 - ص 34 .

(3) - فائز أنجاك - نفس المرجع . (غير مطبوع)

(4) - فائز أنجاك - نفس المرجع . (غير مطبوع)

وأصبح البرنامج الجديد يقوم بالمساعدة على اكتشاف وجرد وتطوير وتصنيع الثروات الطبيعية ، وكذا يعمل على نقل التقنيات الحديثة .
تخضع هذه الأجهزة الثلاثة للمجلس الإقتصادي والاجتماعي الذي نصت عليه المادة السابعة من الميثاق وفصلت أحكامه في الفصل المباشر منه .
إن هذا الجانب التنظيمي ليس الصورة مصفرة لبذور التطور التي يحملها القانون والتنظيم الدوليين . وذلك بفضل نضال المسوب والدول المستضعفة . وربما كان الجانب التنظيمي هو أفضل الطرق للإستجابة لتحديات إساءة المنظم الإقتصادي الدولي الجديد ، على الصعيد القانوني ، كما تتصور البلدان النامية . ولكن الحل الأفضل يكمن في " حصر الجهد في لوضع قواعد وأحكام جديدة " (1) ، ولذلك أشرنا إلى نضال البلدان النامية في هذا المدد ، مما أدى إلى ظهور عدة مبادئ ومبادئ دولية تذكر منها حقوق وواجبات الدول الاقتصادية والإعلان من أجل نظام اقتصادي دولي جديد (2) .

إن التيار التحريبي هو أفضل إطار لقيام القاعدة العرفية المرتقبة ، التي تعتبر - بحق - مصدراً للقانون الدولي العام . إنه التيار الذي يأخذ بالتعاون والتنمية بعين الاعتبار . لكن هل يكفي الصرف وحده للقيام بهذه المهمة .
إن مهمة إعداد نظام قانوني دولي جديد ليس من مسؤولية الصرف وحده ، وليس من حظ المعاهدة وحدها ، أو المبادئ العامة للقانون . بل ينبغي أن تنضم إليها تصرفات المنظمات الدولية ، كما يمتد الأستاذ محمد بجاي (3) ، وهو محق في ذلك ، لأن النظام القانوني الدولي له عدة روافد تنصب جميعها فيه ، ولأن التيار الثوري يجد متنفساً له في المنظمات الدولية . ورغم كل ذلك ، فإن مركز ومكانة الصرف تبقى هي هي ، سواء ساهمت تصرفات المنظمات الدولية في إمداد القانون الدولي بأحكام جديدة ، عبر الصيرورة التقليدية لتكوين الأحكام العرفية ، أو عن طريق الصيرورة الحديثة (العرف الموجه) . ولذلك كان التعاون والتنمية عنصراً للإطار الذي ينبغي أن تنمأ فيه القاعدة العرفية الجديدة .

- (1) - محمد بجاي - المرجع السابق - ص 170 .
- (2) - المبروفين بالقرار رقم 3281 و الإعلان رقم 3201 لعام 1974 وذلك على التوالي .
- (3) - محمد بجاي - نفس المرجع - ص 169 - 170 .

المبحث الثالث

تطبيقات عامة للإطار المقترح

تأتي هذه التطبيقات كمؤشر لسلامة الإطار المقترح - الإطار الذي أعده بعض المختار الملاقة بين القانون والحقائق السياسية والاجتماعية والإقتصادية . إنه القانون الدولي للتنمية ، إنه القانون الهادف وليس القانون المجرد . ولقد كان الأستاذ " ش . شومون " محققا حين وصف القانون الدولي التقليدي بأنه يعكس مجموعة من المصالح الشكلية التي لا تحتوي على شيء ملموس ، ولذلك قال عنه بأنه غير عادل فيما يبرره وغير ولقسي فيما يتجاهله (1) . وإزاء هذا الوضع فإن التساؤل عن مهمة رجل القانون - تصحيح المسائل الأكثر إلحاحا لتحديدها ، وبمباراة أخرى ، هل يهتم رجل القانون بالمسائل التفصيلية أم بالمسائل السامة ؟

في الحقيقة ، يتمثل دور رجل القانون في تحديد الإطار العام للقانون الدولي في المرتبة الأولى (2) خاصة وأن العالم ينقسم إلى عدة كتل . إن هذا الإنقسام يجعل تحديد الإطار العام للملاقات الدولية ضمن أولوية الأولويات ويعدها تأتي الأمور التفصيلية .

وهكذا ، فبعد تقديم الإطار العام ، نحاول بعض التطبيقات العامة ، علما بأن هذا البحث ليس في مستوى تناول جميع القضايا المثارة بتفاصيلها . وإنما جاء ليضع الأمور في نصابها ، ولتعميد الطريق للبحوث التي تتم ضمن هذا التيار الهادف إلى تحرير العلاقات الدولية مما تعاني منه ، ولذلك فإننا نذكر بعض الأضراف التي تعتبر مقبولة وفق الإطار المقترح وذلك تبعا للتقسيم الآتي :

المطلب الأول : بعض التطبيقات من الميدان الدبلوماسي

يتمتع أشخاص القانون الدولي بحق التمثيل الدبلوماسي ، وهو ما يعبر عنه بحق التمثيل المتبادل .

يعتبر هذا الحق بمثابة الشرط الأساسي لتماسك العلاقات الدولية ، ولذلك فإنه وجد منذ القديم في صورة التمثيل المؤقت ، ثم أصبح (3) دائما خلال القرن السابع عشر

(1) - CHAUMONT (ch) , cours général de D.I.P cit, P:129.

(2) - محمد بجوي - المرجع السابق - ص 166.

(3) - علي صادق أبو هيف - المرجع السابق - ص 566 وانظر كذلك :

CAVARE (R) , op. cit, P: 224.

وتوسع شيئاً فشيئاً بعد الحرب العالمية الثانية؛ بعد أن استقلت عدة دول •
وكدليل على ذلك ما جاء في ديباجة اتفاقية فيينا لسنة 1961 المتعلقة
بالعلاقات الدبلوماسية؛ حيث جاء فيها على الخصوص: (1)

« بما أن الدول اعترفت منذ القديم بمركز المبعوثين الدبلوماسيين، وبما أن
مقاصد منظمة الأمم المتحدة تشير إلى المساواة بين الدول وصيانة السلم والأمن
وتقرير العلاقات الودية بين الدول، فإن عقد هذه الاتفاقية يهيم إنعاش العلاقات •
أن الغرض من الحصانات والامتيازات ليس إفادة الأفراد، بل لضمان الأداء الفعال
لوظائف البعثات الدبلوماسية بوصفها ممثلة للدول • »
ولقد قضت المادة الثانية من نفس الاتفاقية بأن تتبادل البعثات بين الدول
يتم بالرضا المتبادل •

ذكرت الاتفاقية الدول فقط، ولم تذكر الأشخاص الدولية الأخرى • فما هو
الوضع القانوني لهذه الأخيرة ؟

إن الهدف من التبادل الدبلوماسي هو تأمين الإتصال الدائم بين الأطراف المتعاملة
دبلوماسياً، خاصة بعد نمو واتساع العلاقات الدولية وعقدتها • ولما كانت
العناصر التي تتحكم في العلاقات الدولية ليست الدول فقط، فإنه ينبغي أن يكون
التمثيل شاملاً كافة العناصر المؤثرة في المعادلة الدولية •

ولعل ذلك هو الذي جعل البابا يتمتع بحق إرسال بعثات دبلوماسية، وسمح
كذلك للمنظمات الدولية القيام بهذه المهمة مع الدول •

وبمباراة أخرى، فإن ممارسة مهمة التبادل الدبلوماسي يرتبط بفكرة الشخصية
الدولية، إذ أن كل كيان يتمتع بها، يكون له الحق في إرسال واستقبال البعثات
الدبلوماسية • فالشخصية الدولية هي العنصر المؤثر في العلاقات الدولية إذ أن
وهو ما يعني بالضرورة تمتع حركات التحرير الوطنية بهذا الحق • علماً بأنها
تتمتع بتلك الشخصية وفقاً للتطيل السابق (2) • الأمر الذي لم تشر إليه

اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية •

كان ذلك من الناحية القانونية البحتة • أما من الناحية العملية، فإن

(1) - نقل عن: عبد الميزيز سرحان - القانون الدولي العام المشار إليه • ص 440

(2) - راجع الصفحة (41) وما بعدها من هذا البحث •

عدة حركات تحريرية أقامت علاقات دبلوماسية مع عدد من الدول، وضممت أعضاء البعثات التي ترسلها بالحصانات الدبلوماسية .
 إن هذه القاعدة الجديدة (تمتع أعضاء البعثة الدبلوماسية لحركات التحرير بالحصانات الدبلوماسية) غير واردة في الإتفاقية المذكورة ، ومع ذلك فإنها قاعدة مقبولة لكونها جاءت مستترمة للإطار المقترح وتخدم حق الشعوب بقرير المصير .
 ما دنا بصدد الحصان الدبلوماسية ، فإننا نعرض للمحاكمة الوظيفية التي طرحت بصدد قضية السيد * الكونت بيرنادوت* المفتال في فلسطين ، على أيادي المخابرات الإسرائيلية .

لقد طرح المشكل في صيغة السؤال الآتي : (1)

هل يحق لدولة وسط الأمم المتحدة رفع حمى التمرد ضد إسرائيل بأصحابها
 الحماية الدبلوماسية ؟ أم أن المنظمة هي التي تطالب بهذا التصويص باعتباره كان يقوم بهمة أممية .

رفعت القضية إلى المحكمة العدل الدولية ، فأصدرت رأيها الإستشاري في 11/4/1949 .
 قالت فيه على الخصوص بلأن الميثاق وضع رسالة أمام المنظمة وكفلها بأجهزة للقيام بهذه المهمة ، ومنحها صلاحيات معينة كالإمتيازات والحصانات والتمثيل الدبلوماسي ، ومن ثم استخلصت المحكمة تمتع المنظمة بالشخصية الوظيفية لتبنيها من عصبة الدول . ومن ثم قررت تمتع المنظمة بحق المطالبة بالتصويص على أساس الحماية الوظيفية ، وليس على أساس الحماية الدبلوماسية التي تقوم على أساس الجنسية ،
 حيث قالت المحكمة ما يلي : (2)

" من الضروري ألا يصول التابع في ممارسة مهامه على حماية قانونية غير حماية المنظمة له . "

وكتقييم للحماية الوظيفية نقول بأن هذه المؤسسة حديثة النشأة . ظهرت بصدد القضية المعروضة فقط ، وأنها جاءت كبديل للحماية الدبلوماسية المعروفة ، بل أنها أحدثت تحديلاً في مفهوم الحماية في القانون الدولي ؛ حيث أظهرت عنصراً جديداً ، لم يكن معروفاً من قبل ، يتمثل في إقامة الحماية على عنصر التسمية .

(1) - راجع في ذلك دروس الأستاذ فائز أنجاك - للمقطبينة القانونية للمنظمات

الدولية - الجزائر . كلية الحقوق ، سنة 1980 - 1981 .

(2) - فائز أنجاك - نفس المرجع (غير مطبوع)

إن المؤسسة الجديدة منحت المنظمة الدولية حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي ألحقت بها من جراء اغتيال وسيطها ، رغم عدم وجود الشرط الأساسي لقيام الحماية الدبلوماسية بين الضحية والمنظمة ، أي رغم إنعدام علاقة الجنسية بين المنظمة والضحية .

إن الحماية الوظيفية مؤسسة تناسب التطور الذي حدث على الصعيد الدولي ، الذي عرف المنظمات الدولية كشخص من أشخاصه . . . يتمتع بالحقوق الدولية ويتحمل بالواجبات طبقاً لأحكام المسؤولية الدولية العامة . وكما أن المنظمة تفتقد إلى الإقليم والشعب والسيادة (الأركان العامة التقليدية للشخصية الدولية) وتم الاعتراف لها بالشخصية ، فإنه لا حرج من الاعتراف لها بالحماية الوظيفية المنبثقة من التسمية . علماً بأن المحكمة لم تقرر اقتصار هذه الحماية على صنف معين من الموظفين الدوليين حيث قالت : (1)

" سواء كان موظفاً يتقاضى أجره أم لا ، أو كان مستخدماً دائماً أو لا ، يكلف من قبل هيئة من هيئات المنظمة بممارسة إحدى مهامها . وباختصار ، كل فرد تصمم المنظمة بواسطته . " أي بشرط وحيد هو وجود علاقة تسمية بين الشخص الممنى والمنظمة . فهل يسمح الإطار المقترح بتحول السابقة المذكورة إلى قاعدة عرفية ؟

يرى البعض أن هذه السابقة ينقصها التكرار ، وأن فكرة الحماية الوظيفية تركت شكوكاً جديدة تتملق بمستقبلها ، خاصة عندما يتملق الأمر بدولة غير عضوة في المنظمة (2) . خاصة وأن سابقة " TELLINI " الإيطالي الجنسية ، والذي كان عضواً في مؤتمر السفراء ، عندما أُغتيل في اليونان ، وجدت الحل باستعمال الحماية الدبلوماسية بموافقة أجهزة العصبة (3) .

إن الذين يقولون بذلك يتشبهون بفكرة الحماية الدبلوماسية السائدة في وقت لم يكن المجتمع الدولي يعرف فيه هذا المستوى من التنظيم .

(1) - راجع في ذلك دروس الأستاذ أنجاك - الشخصية القانونية للمنظمات

الدولية - الجزائر كلية الحقوق سنة 1980 - 1981 .

(2) - QUADRI(R) , Cours général de D.I.P cit , P:394

(3) - QUADRI(R) , Ibid , P: 393 .

(3)

أما الآن فإن الحماية الوظيفية هي أكثر استجابة للشرعية الدولية، بل أنها تعتبر أداة لترجمة بعض القواعد الآمرة إلى أرض الواقع كالسيادة الجامعة للمشهور على ثروتها الطبيعية (التأجير) وحقوق المشهور في تقرير المصير. عكس الحماية الدبلوماسية التي تعرق ذلك في حالة إساءة استعمالها. وفي الختام، فإن الحماية الوظيفية، وإن لم تكن قاعدة عرفية لسبب أو لآخر، فإنها مؤهلة من حيث الموضوع لكي تكون قاعدة عرفية تنضم إلى قواعد القانون الدولي.

المطلب الثاني : بعض التطبيقات من الميدان الحربي .

- السلم والحرب هما وجهها الحياة الدولية. وإذا كان السلم هو الأصل فإن تاريخ العلاقات الدولية مثقل بويلات الحروب. ولذلك نستطيع القول بأن العناية بقواعد الحرب فاقت الفناية بقواعد السلم. وللتدليل على ذلك، نذكر ببعض المصنفات التاريخية التي عمت في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين:
- إعلان باريس المؤرخ في 16/04/1856 الذي حرم السباق البحري والحصار.
 - اتفاقية جنيف في 22/08/1864 المتعلقة بمعاملة مرضى وجرحى الحرب.
 - إعلان "سان بيترسبورغ" في 11/12/1868 الذي منع استعمال الرصاص المتفجر.
 - تصرف "بيرلين" في 26/02/1885 المتعلق بالإستيلاء على الأقاليم من "دون سيدز" في إفريقيا.
 - أما مؤتمر "لاهاي" لعام 1899 فقد تمخض عن عدة إتفاقيات نذكر منها (2):
 - * اتفاقية تهدف إلى حل المنازعات بالطرق السلمية.
 - * الإتفاقية الثانية تهتم بقوانين وأعراف الحرب.
 - * الإتفاقية الثالثة اهتمت بالحرب البحرية، وتبنت اتفاقية جنيف لعام 1864، والتي تم تعديلها فيما بعد سنة 1906.
 - أما المؤتمر الثاني لعام 1907 فقد تمخض عن عدة إتفاقيات وبيانات نأخذ منها:
 - * أعلنت الإتفاقية الثالثة الزامية الإعلان المسبق لبداية الحرب.
 - * عوضت الإتفاقية الرابعة الإتفاقية الثانية من المؤتمر الأول فيما يتعلق بقوانين وأعراف الحرب.

CAVARE (L), Op cit, P: 225 .

- (1)

CAVARE (L), ibid, P: 226 etSS .

- (2)

* اهتمت الإتفاقية الخامسة بحقوق وواجبات الدول المحايدة في الحرب البرية،
في الوقت الذي اهتمت فيه الإتفاقية الرابع عشرة بحقوق وواجبات الدول
المحايدة في الحرب البحرية .

وبعد الحرب العالمية الثانية ، تم إبرام أربع اتفاقيات بجنييف بتاريخ (1)
1949/08/02 ، تتعلق الأولى بمرضى وجرحى الحرب البرية ، والثانية تتعلق بمعاملة
مرضى وجرحى الحرب البحرية ، وأما الثالثة فإنها تتعلق بمعاملة أسرى الحرب،
وأما الأخيرة فإنها اهتمت بالمحافظة على المدنيين في حالة الحرب .
هذا وقد أعادت هذه الإتفاقية إلى الأذهان المبدأ الذي أقرته اتفاقية جنيف
لعام 1929 ، الذي يقضي بأن الطرف في النزاع ، غير الطرف في الإتفاقية المذكورة،
ينبغي أن يعتبر وكأنه طرف فيهما .

تشكل هذه الإتفاقيات في معظمها - من نفس المصنوع عليها . وبذلك تحققت
غير نافذة ، باعتبارها قواعد اتفاقية ، ولكنها تكون سارية باعتبارها قواعد
عرفية إذا توفرت الشروط المطلوبة لذلك . لكن هل ^{يمكن} لجميع تلك التصرفات
التحول إلى قواعد عرفية ؟ أي هل يمكن لتصرف " بيرلين " المتعلق بالأقاليم
المطرح عليها بأنها " من غير سيد " التحول إلى قاعدة عرفية .
للإجابة على ذلك لا بد من تحديد معنى السيد لدى الغربيين آنذاك ، وإنما
لا نكون مجتهدين في حقهم إذا قلنا بأنه يعني بصيغة أو بأخرى الأمم المتحضرة .
الواردة في المادة (38) من نظامي المحكمتين الدائمة والقائمة حالياً .
بمعنى أنه يوجد تقسيم للإنسانية ؛ منها المتحضر ومنها غير المتحضر . أو على
حد تعبير " LORIMER " المتحضر والهمجي أو الوحشي . وعلى كل حال فإن
الأوروبيين هم المتحضرين وبحسبهم القانون الدولي ، أما الشعوب والبلدان الأخرى
كالصين وفارس والمغرب العربي وأفغانستان فإنه يطبق عليهم قانون دولي هامشي (2)
وعلى حد تعبير الأستاذ محمد بجاي فإن الشعوب غير المتحضرة طبقاً للمفهوم
الغربي هي " الشعوب القابلة للاستعمار " (3)

(1) - CAVARE(L), op-cit, P: 235 .

(2) - نقلاً عن محمد بجاي - من أجل نظام اقتصادي دولي جديد - ص 68 .

(3) - محمد بجاي - نفس المرجع - ص 79 .

وفي الحقيقة ، فإن هذه الإثناافية غير واقعية ، حتى ولو أبرمت قبل عصر " كولومبوس " لأن إفريقيا - وكما يقول الجيولوجيون - هي أقدم القارات ، فما هذا الإجحاف في حقوق الشعوب ؟!

إن هذا التصرف القانوني أو بالأحرى التطرف القانوني ، ليس بإمكانه أن يتحول إلى قاعدة قانونية اتفاافية أو عرفية ، لمخالفته للنظام العام الدولي .
أما النقطة الثانية التي نسلها فإنها تتعلق بتسوية الخلافات بالطرق السلمية ، والتي وردت في المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة . فهل يعني ذلك إزالة الاستثمار بالطرق السلمية ؟!

إن أفانية وجسج الاستثمار وحرصه على نهج غيرات العالم الثالث والمحافظة على مناطق النفوذ ، لاتفهم لفة السلم ، ولو فهمتها لما كان لزاما الحديث عن استقلال الشعوب التي لازالت تزج تحت نير الاستثمار .

إن الوسيلة الوحيدة التي بقيت لهذه الشعوب ، هي خوض غمار حروب تحريرية .
وبعبارة أخرى ، الخروج من القيود اللفظية للمادتين (1/1) و (4/2) من الميثاق اللتين تقران منع استعمال القوة ، واللجوء إلى المادة (51) منه التي تتكلم عن الدفاع الشرعي ، وتحتلواء حق الشعوب في تقرير المصير .

إن استعمال القوة ليس عيبا في ذاته - كما يقول الأستاذ " شومون " إنما العيب في بعض مناسبات استعماله . (1)

إن الميثاق لم يحدد المجالات التي يعتبر فيها استعمال القوة ممنوعا ، وإنما جاء في القرار 26 - 25 المؤرخ في 1970/10/24 ذكر بعض الحالات فقط نذكر منها : (2)
الثأر ، المصابات المسلحة ، الحرب الأهلية ، الإرهاب ، الإحتلال المسكسي ، الإلحاق .

وتبما لذلك فإن مقاومة الاستثمار بالقوة لا يعتبر إخلالا بقاعدة تسوية النزاعات بالطرق السلمية ، أو بقاعدة عدم استعمال القوة . وعليه ، فليس هناك أي حرج لقيام لجنة قاعدة عرفية هي هذا الممنى .

CHAUMONT (ch), Sens de droit imperatif général, cours de D.E.A., - (1)
nancy année 77/1978.

- CHAUMONT(ch), SENS de droit imperatif cit, NANCY77/1978. - (2)

وأخيراً فإن هذا الإطار يوافق الأعراف القاضية بعدم استعمال الأسلحة المتفجرة والنفقودية ، وكذا الفازات الخائفة أو السامة • ونفس الشيء بالنسبة لاستخدام الأسلحة النووية المحرم طبقاً للقرار (XVI 1653) المؤرخ في 1961/11/24 •

ويتربط على ذلك اعتبار الأعمال المخالفة لهذه القواعد جرائم ضد الإنسانية ، وإن كان البعض يمتسك⁽¹⁾ لكي تحول بعض هذه القرارات إلى قواعد عرفية ، رغم أنهم يشهدون بأن العمل الدولي لم يخالف بعضها (القرار 1653 XVI) ، زاعمين بأن الدول النووية تقوم بتطوير هذه الأسلحة ، وأنها تمتدق بأنها ستستعمله في افتراضات معينة •

وفي الحقيقة ، فإن هذا الدليل يعتبر حجة عليهم • ذلك أنه ينبغي إزالة مثل هذا الاعتقاد أو الأمل في استعمال الأسلحة النووية ، عن طريق تكريس هذه القاعدة العرفية المطابقة تماماً لمبدأ تحريم الإبادة • واعتبار مثل هذا السلوك (اللجوء إلى الأسلحة النووية) جريمة دولية موجبة ضد الإنسانية ، كما وصفها القرار •

لقد حرص الأستاذ " جيرو " على إظهار هذا الصنف من الإجرام ، في نفس الدراسة ، حيث برهن على أن القرار (95 - 5) المؤرخ في 1946/02/24 يكف عن قرار جمعية العصبة المؤرخ في 1927/09/24 ، الذي يعتبر الاعتداء⁽²⁾ جريمة دولية . علماً بأن الفرق شاسع بين الاعتداء والإبادة ، بقدر الفرق بين استعمال الأسلحة التقليدية والأسلحة النووية ، من حيث المدى ومن حيث الآثار •

تلك هي بعض التطبيقات من الميدان الحربي ، التي تتم في إطار النظام العام الدولي ، والتي تخدم الشرعية الدولية ، التي تأخذ مصالح الجميع بمسئول الاعتبار •

GIRAUD(E) · Op cit P: 765 .766.

- (1)

GIRAUD (E) · ibid P: 743 .

- (2)

المطلب الثالث : بعض التطبيقات من الميدان الإقتصادي .

بمعد أن عرف العالم نهضة تحررية عارمة هدد الإستعمار ، أصيب الإستعمار العسكري بنكسة على الصميديين الداخلي (بفعل ضغوط الحركات التحررية) والغازي (على صعيد منظمة الأمم المتحدة ، خاصة بعد اصدار القرار (1514) سنة 1960) . وبذلك تيقن الإستعماريون من أن هذه الحركة تمثل مصيبة المصير . ولذلك عملت الأنظمة الإستعمارية للتقليل من شدة وطأة المد التحرري ، عن طريق تضيير أسلوب الإستعمار ، حيث تم إحلال الإستعمار التقليدي (الإحتلال العسكري) بنظام جديد يسمى بالإستعمار الإقتصادي ، مستملا تارة غلًا التعاون ، وتارة أخرى نظرية الحقوق المكتسبة .

لإزالة أركان الإستعمار الجديد قائمة ، ولازال نضال شعوب العالم الثالث مستمر ضدها ، سواء في صورة النضال من أجل نظام إقتصادي دولي جديد ، أو في شكل اعتماد بعض القواعد الإقتصادية التي تأخذ بعين الإعتبار مصالح البلدان النامية .

وهكذا أثبتت مسألة " سيادة الشعوب على ثرواتها الطبيعية " في بداية الخمسينات ، حيث أصدرت الجمعية العامة القرار رقم (523) سنة 1951 . وتم إقرار حق البلدان الغامية في التصرف بحرية في ثرواتها الطبيعية ، من أجل تنميتها الإقتصادية وتشجيع تطور الإقتصاد العالمي . (1)

كما تم طرح التأميم باعتباره موضوعا مستقلا في الدورة السابعة سنة 1952 ، وتم إصدار القرار رقم 626 في 1952/12/21 ، حيث تم ربط التأميم بالسيادة (2) . وعندما ناقشت اللجنة المكلفة بوضع ميثاق حقوق الإنسان الإقتصادية والاجتماعية والسياسية سنة 1954 ، موضوع السيادة الإقتصادية ، وضعت التأميم ضمن مبدأ حق الشعوب في تقرير المصير ، بشرط عدم الإخلال بالتزام سابق ، أي في إطار الحقوق المكتسبة . (3) وفي سنة 1958 شكلت الجمعية العامة بموجب القرار (1314) لجنة خاصة لدراسة هذا الموضوع

(1) - انظر في ذلك دروس الأستاذ فائز أنجاءك - القانون الدولي للتنمية - الجزائر

كلية الحقوق - سنة 1979 - 1980 .

(2) - راجع محمد مغربي - السيادة الدائمة على مصادر النفط - بيروت دار

الطليعة 1973 ص 21 .

(3) - محمد مغربي - نفس المرجع - ص 27 .

وبناءً على قراراتها أصدرت الجمعية العامة القرار (1803) في 14/12/1962 تحت اسم السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية .
 يمكن معرفة تثبيت الدول الغربية بالجانب الاقتصادي ، بتفحص مدة العشر سنوات التي استغرقها إصدار القرار السابق الذكر .
 وعلى كل ، فإن القرار نص على الحق في التأميم للمصلحة العامة ، على أن يقترن ذلك بتمويض مناسب وفق القانون الوطني والقانون الدولي . وهكذا يفهم بأن القواعد السارية في الدولة المضيفة لها الأولوية⁽¹⁾ ، على القانون الدولي ، في مثل هذه الحالة . غير أن هناك مؤسسة دولية تضايق الإجراءات الداخلية ، ألا وهي الحماية الدبلوماسية .

لقد تم تدعيم هذا المبدأ من طرف عدة قرارات ومواثيق دولية . نذكر منها مقررات الدورة الثالثة لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية المنعقدة سنة 1972 في " سانتياغو " حيث أعلنت على الخصوص :⁽²⁾
 " كل دولة لها الحق المطلق بأن تنصرف بحرية في مواردها الطبيعية لمصلحة التطور الاقتصادي ورفاهية شعوبها ، وأن النيل من ممارسة هذا الحق يعتبر خرقاً صريحاً لمبدأ حق الشعوب في تقرير المصير ."
 كما نص ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية في المادة (2) (ب) على أن :⁽³⁾
 " لكل دولة الحق ... في :

ج - تأميم الممتلكات الأجنبية أو نزع أو نقل ملكيتها . وفي هذه الحالة ، ينبغي أن تدفع الدولة التي تتخذ هذه التدابير التعميم المناسب ، أخذاً بعين الإعتبار قوانينها وأنظمتها المنطبقة ، وجميع الظروف التي ترى الدولة أنها متصلة بالموضوع ... وفي كل مرة تؤدي فيها مسألة التعميم إلى إثارة الخلاف ، يجب أن يسوى هذا الخلاف بمقتضى التشريع المحلي للدولة المؤسسة ومن قبل مطامعها . إلا إذا اتفقت جميع الدول المعنية إتفاقاً حراً ومتبادلاً على التماس وسائل سلمية أخرى تقوم على مساواة الدول في السيادة ... "

- (1) - محمد مشربي - المرجع السابق - ص 36 .
 (2) - نقلاً عن دروس الأستاذ أنجاء - القانون الدولي للتنمية - الجزائر - كلية الحقوق - 1979 - 1980 .
 (3) - راجع في ذلك القرار رقم (3281 د - 29) الصادر من الجمعية العامة في 12/12/1974 .

وفي الحقيقة ، فإن التأميم قاعدة عرفية باعتراف أغلب الفقهاء (1) . بل أن الدول التي تقف في مواجهة ممارسته ، لا تعارض الفكرة في ذاتها ، وإنما تتمسك بنتائجها . حيث تشترط أن يكون التعويض حالاً وفعالاً ؛ كما يتضح ذلك من موقف الحكومة الفرنسية من تأميمات الجزائر سنة 1971 ؛ الذي أعلنت فيه بأنها لا تعارض المبدأ في ذاته ، وإنما تحتج على الألوب الذي استعمل به . وبذلك اعترفت فرنسا بسمو قرارات التأميم على أحكام إتفاقيات إيفيان ، فيما يتعلق بالإمتيازات الفرنسية في الجزائر . حيث تنص المادة (14) من إعلان مبادي التعاون الإقتصادي والمالي على ما يلي : (2)

" تكفل الجزائر سلامة الحقوق الخاصة بامتيازات التمدين أو النقل ، التي منحت بواسطة الجمهورية الفرنسية ، للبحث أو للإستغلال أو لنقل المعروقات السائلة والغازية والمواد المعدنية الأخرى ... "

كما أكد إعلان مبادي التعاون من أجل إستثمار باطن الصحراء هذه الإمتيازات . ينطلق البعض من هذه الواقعة للقول بأن قرارات التأميم تستطيع أن تخالف معاهدة دولية (3) ، ومن باب أولى مخالفة العقود التي تبرمها الشركات الأجنبية مع الدولة المضيفة .

تتمثل القاعدة الثانية التي نتمرن لها ، في قاعدة الأفضليات المسممة لصالح البلدان النامية ؛ التي تمت بفضل جهود مؤتمرات الأمم المتحدة للتجارة والتنمية . وهكذا قامت كل من الهند ومصر ويوغوسلافيا بإبرام إتفاقية تقضي بنظام الأفضليات فيما بينها . وجاء ميثاق حقوق وواجبات الدول الإقتصادية فأكد على مبدأ الأفضليات المسمم لصالح البلدان النامية حيث نصت المادة (18) منه على : (4)

إنه ينبغي على البلدان المتقدمة أن تطبق نظام الأفضليات المسممة دون معاملة بالمثل ، ودون تمييز ، لصالح البلدان النامية . وأن تحسن من هذا النظام وتوسع فيه ... "

(1) - محمد مغربي - المرجع السابق - ص 35 .

(2) - راجع في ذلك إتفاقيات إيفيان المبرمة بين الحكومة المؤقتة الجزائرية

وفرنسا بتاريخ 18/03/1962 .

(3) - نقلاً من دروس الأستاذ فائز أنجاك - القانون الدولي للتنمية - الجزائر

كلية الحقوق سنة 1979 - 1980 .

(4) - راجع في ذلك قرار الجمعية العامة لفضمة الأمم المتحدة رقم (3281د 29) .

وجاءت المادة (19) منه لتبرر هذا النظام، بالرغبة في التسهيل بالنمو الإقتصادي للبلدان النامية، وتضييق الهوة بينها وبين الدول المتقدمة. كما نصت المواد (20) و (21) و (26) منه على هذا النظام⁽¹⁾ حيث تكلمت الأولى عن إعطاء البلدان الإشتراكية نفس التسهيلات التي تحصل عليها البلدان المتقدمة الأخرى من البلدان النامية، فيما يتصل بتوسيع نشاطها التجاري. أما المادة (21) فقد أشارت إلى إمكانية لجوء البلدان النامية إلى إبرام اتفاقيات تجارية فيما بينها، وأن تمنح أفضليات تجارية لغيرها من البلدان النامية. هي حين نصت المادة (26) على التمايز بين مختلف الأنظمة السياسية وتسهيل التجارة بينها دون الإخلال بمبدأ الأفضليات المصممة. وبعبارة أخرى، فإن أجهزة الأمم المتحدة تعترف بنظام الأفضليات من جانب واحد لصالح البلدان النامية. فهل تحول هذا المبدأ إلى قاعدة عرفية؟

رغم وجود بعض السوابق، فإن القول بوجود قاعدة عرفية، يعتبر من قبيل استباق الأحكام. ذلك لأن هذا النظام وُلد في فترة واحدة مع ما يسمى بتخصيص (01%) من دخل البلدان المتقدمة كساهمة لتدعيم تنمية البلدان الفقيرة، والذي لم تقدمه أغلب البلدان. ورغم ذلك، فإنه لا يوجد أي مانع قانوني يمسق تحول المبدأ المذكور إلى قاعدة عرفية.

نأخذ من القواعد العرفية المستقرة والتي لا تتعارض مع الإطار المقترح بعض النماذج. حيث يؤكد القانون الدولي على وجود قاعدة تقضي بحق الدولة المضيفة في تنظيم نشاط الشركات متعددة الجنسية العاملة على إقليمها. كما يؤكد قاعدة إستنفاد طرق الطعن الداخلية لممارسة الحماية الدبلوماسية. كما أن للدولة حق إقامة الرقابة على السلع التي تدخل إليها، عبر مؤسسة الجمارك. إن أغلب هذه القواعد تأتي تطبيقاً لمبدأ المساواة في السيادة وحق الشعوب في تقرير مصيرها سياسياً واقتصادياً. ولذلك يقبلها الإطار المقترح لقيام القواعد العرفية التي تبدو بأنها تعدم مبالغ كافية أشخاص القانون الدولي في الوقت الحاضر.

(1) - للمزيد من التفاصيل راجع قرار الجمعية العامة رقم (3281 د 29) الصادر

في 14/12/1974. المتعلق بحقوق وواجبات الدول الاقتصادية.

الخاتمة

أشار موضوع هذا البحث مسألة في غاية الأهمية ، تتمثل في ماهية الظروف المؤهلة للمرف لكي يكون مصدرا للقانون الدولي العام . وبالرغم من أنه لا يعتبر المصدر الوحيد لهذا القانون ، فإنه يعاين بجملة من العناصر الموضوعية التي تتأثر بها المصادر الأخرى .

لقد كشف البحث عن جملة من العناصر نذكر منها ما يلي :

1 - تضيق مفهوم القانون الدولي :

كان القانون الدولي يعني القواعد التي تنظم العلاقات التي تقوم بين الدول ذات السيادة ، وأصبح يعني القانون الذي يحكم وينظم العلاقات الدولية . أو بالأحرى ، فإنه ينظم العلاقات التي تتم على الصعيد العالمي . ولذلك ظهرت المنظمات الدولية وحركات التحرير الوطنية كأطراف مبركة في هذه العلاقات . وتبعاً ، فإن المرف ينبغي أن يتم ضمن هذا السياق . وإلا بقي متخلفاً عن تطور مفهوم القانون الدولي .

2 - تناسب القانون الدولي مع التفسيرات الدولية :

يظهر لنا هذا التناسب بجملة بالفا . نظرة سريعة إلى النابى المعلق ، الذي ساهمت دوله في إجاد القواعد القانونية التي اعتبرت ضرورية ومناسبة لتنظيم علاقاتها . أما الآن فإنه أصبح من الضروري ضياغة قواعد جديدة تحكم العلاقات الدولية المستجدة بمختلف جوانبها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية . والسند في ذلك يتمثل في أن القانون الدولي يعتبر أثراً ونتيجة لسلوك وإرادة أشخاصه .

3 - المحافظة على سلامة المجتمعين الدولي والداخلي :

أصبح القانون الدولي يحتوي على قواعد سامية ، تهدف إلى المحافظة على استقرار العلاقات الدولية وتنمية العلاقات الودية . كما يحتوي على قواعد تحمي المجتمعات البشرية ومؤسساتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية .

ولقد كشف تاريخ العلاقات الدولية عن مدى حرص الدول لخدمة مصالحها، وتوسيع نفوذها على الغير؛ متمسكة في ذلك بيمض القواعد الجائرة والمبائية الفاضلة. وكانت السيادة هي الفكرة السهامة التي أحدثت عدة متاعب في هذا الصدد. لكن العمل الدولي والفكر القانوني أوضعا عدم سلامة تلك الأفكار، مما أدى إلى البحث عن صياغة جديدة لتلك المفاهيم. وبذلك ظهرت الدعوة إلى كبح جماح إرادة الدول في استخدام سيادتها والتمسك بها على وجه غير لائق. وهكذا تم تبني القواعد الأممية الدولية؛ باعتبارها تيسدا ليس فقط على الحرية التعاقدية للدول، وإنما لتسهيل جميع التصرفات الإرادية التي تأتي بها الدول، كذلك.

4 - انتشار المد الثوري والتحري:

إن عدد الدول الإستثمارية قليل بالمقارنة مع عدد الدول المناهضة للإستثمار. ذلك أن أغلب الدول نالت استقلالها حديثا. بينما لازالت بعض الشعوب تترجح تحت نير الإستثمار. ولذلك يجب العمل على تحرير الشعوب المستعمرة والعمل على تنميتها الإقتصادية وتقديمها الإجتماعي طبقا للمادة (392/1) من ميثاق الأمم المتحدة.

5 - التفاضل بين العرف والمعاهدة:

حاولت البلدان الإستثمارية ضرب الأغلبية المددوية التي أصبحت تميل لصالح البلدان النامية بطريقتين:

أ- عزل تصرفات المنظمات الدولية من مهمة إنعاش القانون الدولي، بإفراغها من القوة الإلزامية الضرورية لذلك.

ب- التقليل من أهمية العرف واستبداله بالمعاهدة.

الهدف من هذه المحاولة هو المحافظة على مكانة الدول المظمى، في صياغة أحكام القانون الدولي، لخدمة مصالحها ولرقابة

تطور القانون الدولي والتحكم فيه عن كئيب .
 إن الدول النامية - ورغم تفوقها المدني - يصب عليها إبرام معاهدة
 دولية عادلة بمعنى الكلمة ، نظرا لمركزها السياسي والاقتصادي
 والاجتماعي والمساكني .
 هناك ما يؤكد هذا الطرح ، إذ نلاحظ أن إبرام المعاهدات العامة
 (الشارعة) تواجهه عدة صعوبات ، من بينها استنزاف مدة
 طويلة لإبرامها (تسع سنوات بالثبته لاتفاقية الأمم المتحدة
 لقانون البحار لعام 1982) . كما تحتاج إلى مدة أطول لدخولها
 موضع التنفيذ ، حيث يقيد ببعض المعاهدات مدة تقدر بحوالي (14)
 سنة (1) .

6 - " الشوزة " السفانوثينة :

ظهر على صعيد العلاقات الدولية تيار يناضل من أجل إقامة قانون
 دولي منصف يخدم مصالح المنظومة الدولية . ولقد تمخض هذا النضال
 عن تبني عدة قواعد ونظريات أهمها القواعد الأمرة الدولية ونظرية
 تفسير الظروف ، والدعوة إلى إقامة نظام انتصائي دولي جديد ،
 يريد البعض التقليل من أهمية هذا الكفاح القانوني الذي تخوضه
 البلدان النامية - بصورة عامة - بحجة أنه غير فعال .
 وفي الواقع ، فإن هذه البلدان في مركز الدفاع الشرعي ، يسمح لها
 القانون باستعمال الوسائل المناسبة لدفع الاعتداء ، من غير تجاوز .
 ولما كانت البلدان المتقدمة تسمى إلى تكريس تفوقها وهيمنتها
 بكافة الطرق ، بما في ذلك صياغة القواعد القانونية التي تراها مناسبة ،
 فإنه ينبغي على البلدان النامية حوض هذه الممركة على كافة الأصعدة
 بما في ذلك المشاركة أو المبادرة إلى صياغة القواعد القانونية
 العنصفة ، التي تراعي مصالح الجميع .

(1) - راجع الجدول المخصص لذلك الفرض في الصفحة (182) من البحث .

7 - تدخل المنظمات الدولية :

لم تمتد المصادر التقليدية كافية لتنظيم العلاقات الدولية ، حيث أصبح تدخل تصرفات المنظمات الدولية من الأمور الملحة . خاصة وأن ميزان الأغلبية أصبح يميل لصالح البلدان النامية . لكن البلدان المتقدم ^{ترفض} منح صلاحيات كبيرة لتصرفات المنظمات الدولية ، مما يسرقها عن القيام بدور فعال في تنظيم العلاقات الدولية . ورغم كل ذلك فإنها تمد القانون الدولي بقواعد قانونية عن طريق الصيرورة العرفية .

8 - الاحتمية والتناقض في العلاقات الدولية :

توضح الخريطة الجغرافية السياسية والاقتصادية والمسكرية والملمية مركز البلدان النامية من الدول المتقدمة واليمكس . فالدول النامية تتوفر على الثروات الطبيعية - في الغالب - وهي تفتقر إلى الأموال اللازمة للقيام بعملية التنمية . كما تحتاج إلى الأسلحة للدفاع عن نفسها .

أما البلدان المتقدمة فإنها تحتاج إلى الثروات الطبيعية وتوفر على الأموال والتطور التكنولوجي في كافة الميادين . والضرب في الأمر أنها حققت ذلك عن طريق نهب خيرات العالم الثالث . وهكذا تمود هذه الأموال إلى العالم الثالث في شكل قروض بفسر الفائدة لتزيد من نهب خيراته وإثقال كاهله بالديون .

هذا بالإضافة إلى كون الدول المتقدمة تهدد بصورة مباشرة أو غير مباشرة الدول النامية ، أو تساهم بطريق ما في قيام الحرب وما يؤدي إلى الزيادة في الإقبال على شراء الأسلحة .

حقاً إنها علاقة غريبة . مستمر بالأمس ناهب ومقرض اليوم . محتل بالأمس ومهدد لبيع أسلحته اليوم . وبين الأمر واليوم ، وهذا وذاك ، تظهر المصلحة فوق كل اعتبار . فكيف يتم التوفيق بين المصلحتين المتواجهتين ؟ تلك مهمة القانون الدولي الجديد ، وهو ما حاول البحث الإجابة عنه .

يهدف هذا البحث إلى وضع المنهجية المناسبة لتحقيق الانفراج السياسي والإقتصادي؛ لكن كيف يتم تحقيق ذلك، هل ينبغي وضع تقنين دولي تدعى الدول لتطبيقه، وحينها يكون البحث بمثابة تأليف وجمع للقواعد التي تقرر ما يجب أن تكون عليه العلاقات الدولية "lex ferenda" أم ينبغي تقرير ما هو موجود، وحينها يكون البحث عبارة عن تقنين لقواعد موجودة، أي أنه يكون بحثاً في حدود "lex lata" لا غير.

إن المنهجية المتبناة (التحليلية - الاستقرائية - الاستنتاجية) أملت اتباع الطريق الوسط، حيث تم الإنطلاق من قواعد جوهرية موجودة "lex lata" وتم الوصول إلى الدعوة لإيجاد قواعد جديدة، وتقرير ما ينبغي أن يكون عليه الواقع "lex ferenda" وهو ماتم في مختلف نقاط البحث (1).

فمنذ تم عرضنا لمفهوم القاعدة السرفية وجدنا عدة اتجاهات تناهت بضرورة موافقة المرف للمباني السابقة وأعلى منه. ورغم اختلاف تسمية هذه المباني، فإننا توصلنا إلى حقيقة مفادها تبعية المرف لقواعد مميته. ولذلك كان لزاماً تحديد هذا الصنف من القواعد في شكل القواعد الآمرة الدولية.

كما وجدنا للإرادة مكاناً خاصاً في مختلف الاتجاهات، واعتبرنا ذلك قرينة على أهميتها في نظرية المرف، وتم الخروج من فكرة الإنفان الضمني عن طريق فكرة التوافق في مواقف أشخاص القانون الدولي، باعتبار هذا التوافق ناجم من التصرفات الإرادية الدولية للقيام بالسلوك وليس بهدف إحداث قاعدة قانونية (قاعدة عرفية). وكصمام أمان لهذه المواقف كان لزاماً أن يتم التعبير عن الإرادة في نطاق الشرعية الدولية.

إن فكرة الشرعية الدولية لازمت فكرة تنظيم المجتمع الدولي، باعتبارها الإطار الذي يفضله أشخاص القانون الدولي لإقامة العلاقات الدولية. لكن الفرق بينه وبين الشرعية الدولية التي تبناها البحث، يتمثل في مصدر كل منهما؛ فبينما كان في البداية مصدرها مستمداً من إرادات الدول في شكل اتفاقية جماعية أو ميثاق دولي تنصاع له الدول،

(1) - ذهب الأستاذ "الفاريز" إلى ما يشبه ذلك حين قال: "ينبغي على التدوين ألا يرتكز على القانون الموجود... ولكن ينبغي إقامة قواعد وفق المتطلبات الجديدة للحياة الاجتماعية". راجع في ذلك كتابه:

- Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples ; Paris , Montrouge , 1959 ; P: 518 .

فإن مصدر الشرعية التي تبناها البحث، يتمثل في قواعد لا تتحكم فيها إرادات الدول بل أظها تمتبر قيادا على هذه الإرادات (م 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات). ولذلك تمت إضافة ركن ثالث للقاعدة العرفية يتمثل في الركن الشرعي، مراعاة لمصالح أشخاص القانون الدولي كافة. واقتناعا من أن فكرة الشرعية هي السبيل الأمثل لتحقيق ذلك، بدلا من فكرة الفعالية أو القوة، التي كانت تهيمن على نظرية العرف. كما ساعدت تلك الفكرة على تدعيم حركات التحرير الوطني بإعطائها دفعا قانونيا، يتمثل في الاعتراف بقدرتها على صياغة القانون الدولي الجديد، أو على الأقل الاعتراف بقدرتها على المساهمة في ذلك، بفضل تقرير الشخصية الدولية لصالحها، تنفيذاً لروح بعض القواعد الأثرة الدولية، واستفادة من توسع فكرة الشخصية الدولية، التي شملت المنظمات الدولية، بفضل الرأي الإقتصادي لمحكمة العدل الدولية في قضية "الكولت بيرنادوط" المؤرخ في 11/ أفريل / سنة 1949.

إن فكرة الشرعية الدولية اتسمت لتشمل الميدان الإقتصادي في شكل السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، أو ما كان يسمى بحق تقرير المصير الإقتصادي، حيث يتسنى للدول، ممثلة الشعوب، استعمال عائدات هذه الثروات لتحقيق التنمية الإقتصادية والإجتماعية.

إن القضاء على الإستعمار وتحقيق التنمية الوطنية، هي الهواجس الرئيسية لكافة الشعوب والدول النامية. وهو ما سمى بالبحث إلى تكريسه، متبنياً في ذلك وجهه نظراً للمال الثالث، وساعياً إلى تثبيتها على الصعيد القانوني. مستنداً في كل ذلك على القواعد الرئيسية في إطار التنظيم الدولي الحالي. وهو في جميع الحالات يبقى مساهمة متواضعة لتحقيق إقامة قواعد قانونية منصفة تخدم مصالح كافة الدول والشعوب.

تم بتوفيق من الله وعونه .

قائمة المراجعأ- المراجع المكتوبة باللغة العربية :* - الكتب :

- 1 - فؤاد شباط - الحقوق الدولية العامة - الطبعة الخامسة - جامعة دمشق سنة 1965 .
- 2 - محمد عزيز شكوي - المدخل الى القانون الدولي العام (دون ذكر الطبعة) - القاهرة - دار الكتاب - سنة 1968 .
- 3 - عصام صادق رمضان - المعاهدات غير المتكافئة - (دون ذكر الطبعة) القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1968 .
- 4 - جير هارد فان غلان - القانون بين الأمم - ترجمة مباحث العصر - الجزء الأول - الطبعة الثانية - بيروت - دار الأفاق الجديدة - سنة 1970 .
- 5 - محمد طلعت الفنيمي - الأحكام العامة في قانون الأمم - الجزء الأول الاسكندرية - منشأة المعارف - سنة 1970 .
- 6 - حافظ غانم - مبادئ القانون الدولي العام - (دون ذكر الطبعة) - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1972 .
- 7 - جريجوري تونكين - القانون الدولي العام - ترجمة أحمد رضا - مراجعة عز الدين فودة - (دون ذكر الطبعة) - القاهرة - الهيئة المصرية العامة للكتاب - سنة 1972 .
- 8 - محمد سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام - المجلد الأول : القاعدة الدولية - الطبعة الأولى - القاهرة - مؤسسة شباب الجامعة سنة 1972 .
- 9 - محمد طلعت الفنيمي - الفنيمي في قانون السلام - (دون ذكر الطبعة) - الاسكندرية - منشأة المعارف - سنة 1973 .
- 10 - محمد مضربي - السيادة الدائمة على مصادر النفط - (دون ذكر الطبعة) بيروت دار الطليعة - سنة 1973 .
- 11 - حامد سلطان - أحكام القانون الدولي في الشريعة الاسلامية - (دون ذكر الطبعة) - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1974 .

- 12- محمد طلعت الفخيمي - الفخيمي في التطبيق الدولي -
(دون ذكر الطبعة) - الاسكندرية - منشأة المعارف - 1974 •
- 13- عبيد المزييز سرحان - القانون الدولي العام - الطبعة الثانية -
القاهرة دار النهضة العربية - 1975 •
- 14- علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - الطبعة الثالثة عشرة -
الاسكندرية - منشأة المعارف - 1975 •
- 15- حامد سلطان - القانون الدولي العام في وقت السلم - الطبعة
السادسة - القاهرة - دار النهضة العربية - 1976 •
- 16- محمد بن علي من أجل نظم الاقتصاد الدولي - ترجمة جمال مرسي
وابن عمار الصغير - الجزائر - الشركة الوطنية للنشر والتوزيع
سنة 1981 •
- 17- محمد سعيد الدقائ - القانون الدولي : المصادر والأشخاص -
الطبعة الأولى - بيروت - الدار الجامية - سنة 1981 •
- 18- صلاح الدين عامر - القانون الدولي الجديد للبحار - الطبعة الأولى -
القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1983 •
- * المعاهدات الدولية :
- 1- ميثاق الأمم المتحدة المؤرخ في 1945/06/26 •
- 2- اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية المبرمة في 1961/04/18 •
- 3- اتفاقيات ايفيان المبرمة بين الحكومة المؤقتة الجزائرية
وفرنسا بتاريخ 1962/03/18 •
- 4- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المبرمة بتاريخ 1969/05/23 •
- 5- قرار الجمعية العامة رقم 3281 (د - 29) المتضمن اعلان حقوق
وواجبات الدول الاقتصادية • المؤرخ في 1974/12/12 •

* الرسائل:

- 1 - عبد الفضيز سرحان - الأصول العامة للمنظمات الدولية - رسالة دكتوراه - الطبعة الأولى - القاهرة - دار النهضة العربية سنة 1968 •
 - 2 - علي عزت المنجلي - سريان المعاهدة على الدول غير الأطراف - رسالة دكتوراه - القاهرة - جامعة عين الشمس سنة 1974 •
 - 3 - محمد كامل يا تريت - الحصانة الدولية في القانون والشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه - الطبعة الأولى - القاهرة - عالم الكتاب - سنة 1971 •
- د. صلاح الدين عامر - المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام - رسالة دكتوراه - القاهرة - دار الفكر العربي (دون ذكر السنة) •

* المقالات:

- 1 - أحمد عصمت عبد المجيد - تقرير عن الدورة الثانية لمؤتمر الأمم المتحدة لقانون المعاهدات - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد (25) سنة 1969 •
- 2 - جعفر عبد السلام علي - وسائل تسوية المنازعات في معاهدة فيينا لعام 1969 - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد (25) سنة 1969 •
- 3 - جعفر عبد السلام علي - وظيفة لجنة القانون الدولي في تقنين قواعد القانون الدولي وتطويرها - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد (25) سنة 1969 •
- 4 - عبد الله الأشمل - دور مؤتمر الأمم المتحدة الثالث في ارساء القواعد المصرفية لقانون البحار - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد (35) سنة 1979 •

- 1 - SCOTT (J.B) , VITORIA et SUAREZ ; contribution des théologiens au droit international moderne , PARIS , PEDONE 1939.
- 2 - L'HULLIER Jean , Eléments de droit international public , PARIS; ROUSSEAU 1950 .
- 3 - DUPUY Rene jean , Le nouveau Panaméricanisme : évolution du système panaméricain vers le fédéralisme , Paris , pédone 1953.
- 4 - GAUDEMET Jean , La coutume au bas empire , 2° editions , NAPOLI LABEO , 1956 .
- 5 - ALVAREZ Alejandro , Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples , Paris , Montrougue 1959 .
- 6 - CARBONIER Jean , La gènes de l'obligation dans l'apparition de la coutume , 2° editions , France ; Poitiers , Marc Texier 1961 .
- 7 - CAHNER Philippe , Le droit diplomatique contemporain , Genève ; institut universitaire 1962 .
- 8 - TOUSCOZ Jean , Le principe d'effectivité dans l'ordre international, Paris , Vonçon 1964 .
- 9 - DEVISSCHER charles , les effectivités de droit international public , Paris ; pédone 1967 .
- 10 - TROUTSOS Athos ; Politique et droit dans les relations internationales , Athènes , P et Klissiounis 1967 .
- 11 - MAREK Krystina , les sources de droit international ; serie 1 volume 2 , C.P.J.I 1922 - 1945 .Genève , Presse de savoie 1967 .
- 12 - FRIDMANN Wolf , De l'efficacité des institutions internationales ; traduction de Mme SIMONE Dryfus , Paris , Néogravure 1970 .

- 13 - VELLAS Paul , Droit international public (institutions internationales) , 2° éditions , Toulouse ; Maurice espice 1970 .
- 14 - EISEMANN(P.M) et COUSTER (V.C) et HUR (P) ; Petit manuel de la Jurisprudence de la C.I.J. ; 2° éditions , PARIS , Pédone 1971 .
- 15 - ROUSSEAU Charles , Droit international public , T:1; introduction et sources , Paris , SIREY 1971 .
- 16 - FRIDMANN Wolf , Nouveaux aspects du droit international ; traduit Par Mr LAPRADELLE , Paris , éditions internationales 1971 .
- 17 - JULIEN - LAFERIERE François , Organisation des Etats américains ; Paris , P.U.F ; 1972 .
- 18 - CAVARE louis , Le droit international public positif , T: 1 Notion de droit international public , 3° éditions , PARIS ; Pédone 1973 .
- 19 - NICOLOUDIS Elie Paul ; La nullité de jus - cogens et le développement du droit international public , Athènes , PAPAZISSIS 1974
- 20 - EISEMANN (P.M) et COUSTER . (V.C) et HUR (P) ; Petit manuel de la Jurisprudence de la C.I.J , 3° éditions , PARIS , Pédone 1980 .
- 21 - DRYFUS Simone , Droit des des relations internationales , PARIS CUJAS 1981 .
- 22 - THIERRY hubert et CAMBACAU Jean , Droit international public ; PARIS , MONTCHRESTIEN 1981 .
- 23 - ANJAK Faiz , La codification des principes de la coexistence Pacifique ; ALGER , S.N.E.D ; 1982 .

(244)

* أحكام المحاكم الدولية وآرائها :

- 1- Arrêt de la C.P.J.I , Affaire de GROELAND Oriental du 05/04/1933 ;
Recueil de la C.P.J.I , Serie A/B ; Fasc 53 - 1933 .
- 2 - Arrêt de la C.I.J ; affaire de droit d'asile DU 20/11/ 1950 .
- 3 6 Arrêt de la C.I.J .; affaire des pêcheries , du 18/12/ 1951 ,
C.I.J , recueil 1951 .
- 4 - Arrêt de la C.I.J ; affaire de droit de passage du 16/04/1960 ;
C.I.J, Recueil 1960 .
- 5 - Arrêt de la C.I.J , affaire de Plateau continental du 20/02/ 1969 .
C.I.J , Recueil 1969 .
- 6 - Arrêt de la C.I.J , affaire de BARCELONE - TRACTION du 05/02/1970 ;
C.I.J , Recueil 1970 .
- 7 - Arrêt de la C.I.J , affaire de compétence en matière de pêcheries
dans la mer de Nord du 52/07/1974 ; C.I.J , Recueil 1974 .
- 8 - AVIS consultatif de la C.I.J , concernant l'affaire de BERNADOTT
en date du 11/04/ 1941 ; C.I.J, Recueil 1949 .
- 9 - AVIS consultatif de la C.I.J , concernant les réserves sur
la convention contre le Génocide , du 28/05/ 1951 .
- 10 - AVIS consultatif de la C.I.J , concernant la présence continue
de l'union sud africain dans le territoire NAMIBIEN , du 21/6/1971 .
- 11 - OPINION Dissidente de JUGE AMMOUN Fouad dans l'affaire :
BARCELONE TRACTION du 05/02/ 1970 , C.I.J ; Recueil 1970 .
- 12 - OPINION dissidente du juge ALVAREZ Alegandro dans l'affaire
de droit d'asile , C.I.J , Recueil 1950 .

* محاضرات أمام أكاديمية القانون الدولي :

- 1 - LE FUR Louis , Théorie de droit naturel depuis le XVII siècle et la
doctrine moderne , R.C.A.D.I 1927 -II ,T:17 , LEYDE , AW Sijthoff 1927 .
- 2 - GARNER (J. W) , le développement et les tendances récentes de
droit international , R.C.A.D.I , 1931, T:35 BORDEAUX , CADORET 1932 .

- 3 - BOURQUIN Maurice , Droit international de la Paix , R.C.A.D.I; 1931-I , T: 35 BORDEAUX , CADORET 1932 .
- 4 - QUADRI Rolando , Le fondement du caractère obligatoire de droit international , R.C.A.D.I 1952 - I , T:80 , Paris , SIREY 1953 .
- 5 - ROUSSEAU Charles , Principes de droit international , R.C.A.D.I 1958 - I , T:93 , Leyde , A W SIJTHOFF 1958 .
- 6 - SORENSEN Max , Principes de droit international public , R.C.A.D.I; 1960 - III ; T: 103 , LEYDE , A W SIJTHOFF , 1960 .
- 7 - GIRAUD Emil , La droit international Public et politique ; R.C.A.D.I, 1963 - III , T: 110 ; Leyde ; A W SIJTHOFF 1966 .
- 8 - VENTURINI GIAN CARLO , La portée et les effets Juridiques des attitudes et actes unilatéraux des Etats , R.C.A.D.I , 1964 - II; T: 112 , leyde , A W SIJTHOFF 1964 .
- 9 - QUABRI Rolando , Cours général de droit international public ; R.C.A.D.I 1964 -III, T/113; leyde , A W SIJTHOFF 1966 .
- 10 - CASTANIDA Jorges , Valeur juridique des résolutions des Nations unies , R.C.A.D.I , 1970 - I , T:129,leyde , A W SIJTHOFF 1970 .
- 11 -CHAUMONT Charles , Cours général de droit international public, R.C.A.D.I,1970-I,T:129,leyde,AW Sijthoff 1970 .
- 12 - DUPUY René Jacques, LA contribution de l'académie au développement de droit international ,R.C.A.D.I , 1973-I,T:138,LEYDE ,AW sijthoff1978.
- 13 - MERLE Marcel ,L'opinion Publique, R.C.A.D.I 1973-I,T:138 ; leyde , A W SIJTHOFF 1973 .
- 14 - BENEDETTO Conforti , Le role de l'accord dans le système des nations unies , R.C.A.D.I , 1974 -II ,T:142 ,Leyde , AW sijthoff 1974 .
- 15 - GIUSEPPE Barile , Structure de l'ordre juridique international ; R.C.A.D.I , 1978-II,T:161, leyde , AW Sijthoff 1980 .
- 16 - ROBLEDO Antonio Gomez , Le ius - cogens international;sa gènese, sa nature,ses fonctions,R.C.A.D.I ,1981-III,T:172 , London , Martinus 1982 .

- 1-KOPELMANAS Louis, la codification des coutumes du commerce international dans le cadre des commissions régionales ; A.F.D.I-1955 PARIS, C.N.R.S 1955.
- 2-DEHAUSSY JAQUES, Travail de la commission de droit international des nation unies, A.E.D.I 1961, PARISC.N.R.S, 1955.
- 3-DEVISSCHER Charles, Coutumes et traites en droit international Revue generale de droit international public, N°3-1955; PARIS Pedone 1955.
- 4-BADR Kasme , le role de l'O.N.U dans l'elaboration du droit de la mer, revue egyptienne du droit international, V.16 Année 1960
- 5-NISOT JOSEPH , Le Concepte de jus cogens, Revue Belge de droit International, 1958-N°1 BRUXELLES, Institut de Sociologie 1968.
- 6-BENAR GEORGES et DEHAUSSY LOUIS , Source de droit international La coutume : conditions d'existence et preuve, J.C.D.I. Fasc 13B, 2° editions 1960, editions technique 1960.
- 7-BENAR GEORGES, et DEHAUSSY Louis, Sources de droit international La coutume : Application et execution : J.C.D.I Fasc 13 C, 1960 PARIS EDITIONS TECHNIQUE 1960.
- 8-BENAR GEORGES ET DEHAUSSY LOUIS, Sources de droit international La coutume ; J.C.D.I. Fasc I3 D. 8-1976, Paris editions technique 1976.
- 9-DAUDET YEVES et DUBOUIS Louis, Sources de droit international : La coutume : J.C.D.I Fasc I3 D, Paris editions techniques Année 1976.

« مقالات خاصة » :

- 1-EDWIN Borchard, La théorie et les sources de droit international
Traduit par Mr BIAUJEAUD, Melanges geny, T.III, Paris;Recueil
SIRY 1934.
- 2-LE FUT LOUIS, La coutume et les principes généraux de droit comme
Sources de droit international public,mélanges GENY.T.III PARIS
receuil SIRY 1934-
- 3-DEVISS CHER CHARLES, Contribution à l'étude des sources de droit
International,Mélanges geny T.III PARIS recueil siry 1934.
- 4-MAREK KRZYSTYNA,Contribution à l'étude de jus-cogens en droit
international mélanges Guggenhiem GENEVE, TRIBUNE 1968-
- 5-AGO Roberto, la condésification de droit international et les
Probles sa réalisation Mélanges Guggenhuem, GENEVE TRIBUNE1968-

« الرسائل » :

- 1-GIANNI Gregoire,la coutume en droit international,These de
Doctorat,PARIS, PEDONE 1931 -
- 2-SORENSEN Max, Les sources de droit international, thèse de
Doctorat copenhagen; EINARMUNKSCAAD,1946-
- 3-MATEESCO NICOLAS, La Coutume source de droit international,
thèse de Doctorat,PARIS, 1947 -
- 4-MALLEA Eduardo, quelques Considérations sur la relation entre
les pricipes generaux de droit et de la courume,I.H.E,Paris,
DACTYLOGRAPHIE 1981.

فهرس البحث :

الغلبة	٧
أ	٧
ب	٧
ج	٧
٥١	٧

الباب الأول :

٧	٧
---	-------	---

الفصل الأول :

٧	٧
---	-------	---

٧	٧
٨	٨
٨	٨
١٥	١٥
١٣	١٣
١٣	١٣
١٥	١٥
١٧	١٧
١٧	١٧
٢٠	٢٠

23	المبحث الثاني : أركان القاعدة المصرفية .
23	المطلب الأول : الركن المادي .
23	الفرع الأول : مواطن الجدل في الركن المادي .
25	الفرع الثاني : عناصر الركن المادي .
30	المطلب الثاني : الركن المعنوي .
30	الفرع الأول : أي الركنين أسبق ؟
32	الفرع الثاني : أي الركنين أهم ؟
35	الفرع الثالث : تصرف الركن المعنوي .
37	المبحث الثالث : نشوء القاعدة المصرفية .
37	المطلب الأول : الأطراف الماهمة في بلورة القاعدة المصرفية .
37	الفرع الأول : الدول وهيئاتها .
39	الفرع الثاني : المنظمات الدولية .
41	الفرع الثالث : حركات التحرير الوطنية .
46	المطلب الثاني : التصرفات الماهمة في النشوء .
46	الفرع الأول : التصرفات الدولية .
47	الفرع الثاني : التصرفات الداخلية .
48	الفرع الثالث : التصرفات المستقلة .
50	المطلب الثالث : شروط النشوء .
50	الفرع الأول : الإختصاص .
52	الفرع الثاني : الأهلية .
53	الفرع الثالث : المناسبة والتكرار .
54	الفرع الرابع : الشرعية .

الصفحة

- المبحث الرابع : أنواع القواعد العرفية . 55
- المطلب الأول : أنواع القواعد العرفية من حيث الأشخاص
- المخاطبين بأحكامها . 55
- الفرع الأول : السدول . 55
- الفرع الثاني : المنظمات الدولية . 56
- الفرع الثالث : حركات التحرير الوطنية . 57
- المطلب الثاني : أنواع القواعد العرفية من حيث المصدر . 58
- الفرع الأول : المرفع التقليدي . 59
- الفرع الثاني : الصرف القضائي . 59
- الفرع الثالث : الصرف الموجه . 60
- المطلب الثالث : أنواع القواعد العرفية من حيث الإلزام . 62
- الفرع الأول : الأعراف العامة . 62
- الفرع الثاني : الأعراف الإقليمية . 65
- الفرع الثالث : العلاقة بين الأعراف العامة والأعراف الإقليمية . 66

الفصل الثاني

- المصرف في الممثل الدولي . 70
- المبحث الأول : مكانة المصرف بين مختلف المطارد . 71
- المطلب الأول : المصرف والمعاهدة . 73
- الفرع الأول : مركز كل من المصرف والمعاهدة بالنسبة للآخر . 73
- الفرع الثاني : العلاقة التبادلية بين المصرف والمعاهدة . 76
- المطلب الثاني : المصرف والمباي* العامة للقانون . 78
- الفرع الأول : التمييز بين المصرف والمباي* العامة للقانون . 78
- الفرع الثاني : العلاقة بين المصرف والمباي* العامة للقانون . 80

الصفحة

84	المطلب الثالث: الصرف والقضاء .
84	الفرع الأول: القضاء كمطبق للعرف .
87	الفرع الثاني: القضاء كمساهم في بلورة القواعد المصرفية .
88	الفرع الثالث: طرق مساهمة القاضي في بلورة العرف .
94	المطلب الرابع: العرف وتصرفات المنظمات الدولية .
94	الفرع الأول: التصرفات الكاعفة عن الأعراف الدولية .
95	الفرع الثاني: التصرفات المنقذة للأعراف الدولية .
	الفرع الثالث: الشروط الملزمة في التعرف ليهيئ في تكوين
96	الصرف .
98	المبحث الثاني: سريان القاعدة المصرفية .
98	المطلب الأول: معنى سريان القاعدة المصرفية .
100	المطلب الثاني: مما يبر سريان القاعدة المصرفية .
100	الفرع الأول: النفاذ .
103	الفرع الثاني: الشرعية .
105	الفرع الثالث: القبول .
107	المطلب الثالث: شروط سريان القاعدة المصرفية .
107	الفرع الأول: القيام الصحيح .
110	الفرع الثاني: القابلية للتطبيق الحال .
112	الفرع الثالث: التمسك بالقاعدة .
114	المطلب الرابع: نطاق سريان القاعدة المصرفية .
114	الفرع الأول: النطاق الجغرافي لسريان القاعدة المصرفية .
	الفرع الثاني: النطاق الزمني (السلم والحرب) لسريان
116	القاعدة المصرفية .
118	الفرع الثالث: نطاق سريان القاعدة المصرفية من حيث الأشخاص .

المفحة

- المبحث الثالث : الإحتجاج بالقاعدة المصرفية . 121
- المطلب الأول : شروط الإحتجاج بالقاعدة المصرفية . 121
- الفرع الأول : إثبات قيام القاعدة المصرفية . 121
- الفرع الثاني : الإعتراف وعدم التحفظ على القاعدة المصنفة . 123
- الفرع الثالث : المناسبة . 126
- المطلب الثاني : طرق الإحتجاج . 128
- الفرع الأول : الإحتجاج الدبلوماسي . 129
- الفرع الثاني : الإحتجاج القضائي . 132
- الفرع الثالث : تقنية الإحتجاج القضائي . 134

السباب الثاني

- تكريس وتنطويز المصرف . 137

الفصل الأول

- تكريس المصرف الدولي . 137

- المبحث الأول : إشكالية المصرف وتدوينه . 137
- المطلب الأول : إشكالية المصرف . 137
- الفرع الأول : إشكالية المصرف من حيث التمرير . 138
- الفرع الثاني : إشكالية المصرف من حيث الطبيعة . 140
- الفرع الثالث : إشكالية المصرف من حيث الإلزام . 141
- المطلب الثاني : إشكالية تدوين المصرف . 142
- الفرع الأول : الإشكالية الناجمة من الفلكية . 142
- الفرع الثاني : النظام القانوني لاتفاقيات التدوين . 143
- الفرع الثالث : أثر التدوين على القاعدة المصرفية . 147

الصفحة

151	المطلب الثالث : دواعي تدوين المرفق .	151
151	الفرع الأول : المؤيدات المستمدة من طبيمة القاعدة المرفقية .	151
153	الفرع الثاني : المؤيدات المستمدة من محط القاعدة المرفقية .	153
157	المبحث الثاني : محاولات تدوين المرفق .	157
157	المطلب الأول : أنواع المحاولات .	157
157	الفرع الأول : المحاولات الفقمية .	157
160	الفرع الثاني : المحاولات القانونية .	160
164	المطلب الثاني : التقنيات المتبعة في محاولات التدوين .	164
164	الفرع الأول : التقنية المعتمدة من طرف مؤتمرات بان أمريكان .	164
	الفرع الثاني : التقنية المعتمدة من طرف المنسبة ومخليفتها	
166	منظمة الأمم المتحدة .	166
171	المبحث الثالث : نتائج حركة التدوين .	171
171	المطلب الأول : النتائج السياسية .	171
171	الفرع الأول : ظهور حد معين من التفاهم .	171
172	الفرع الثاني : طرح القضايا على بساط البحث .	172
	الفرع الثالث : مساهمة البلدان النامية في بلورة أحكام	
173	القانون الدولي .	173
174	الفرع الرابع : ظهور التكتلات الدولية حسب المصالح .	174
175	الفرع الخامس : عودة زمام المبادرة إلى الدول .	175
176	المطلب الثاني : النتائج القانونية .	176
176	الفرع الأول : تكريس قاعدة عرفية وبلورتها .	176
178	الفرع الثاني : تطوير قاعدة عرفية .	178
180	الفرع الثالث : ميلاد قاعدة عرفية .	180
181	الفرع الرابع : المساهمة في تكوين قاعدة عرفية .	181
183	الفرع الخامس : مصير إتفاقيات التدوين (فانها) .	183

الفصل الثاني

- الإطار العام لقيام القاعدة المصرفية . 185.....
- المبحث الأول : الإطار القانوني لقيام القاعدة المصرفية . 186
- المطلب الأول : الجدل حول فكرة النظام العام الدولي . 186
- الفرع الأول : الإتجاه الرافض لوجود فكرة النظام العام الدولي . 187.....
- الفرع الثاني : الإتجاه المعترف بوجود النظام العام الدولي . 190
- المطلب الثاني : مكونات النظام العام الدولي . 195.....
- الفرع الأول : القواعد الآمرة الدولية . 195
- الفرع الثاني : المعاهدات الدولية السامية . 201.....
- المطلب الثالث : أثر النظام العام على القاعدة المصرفية . 204
- الفرع الأول : أثر النظام العام في مرحلة تحضير القاعدة المصرفية . 204 ...
- الفرع الثاني : أثر النظام العام على القاعدة المصرفية . 206
- المبحث الثاني : الإطار السياسي والإجتماعي لقيام المصرف . 210
- المطلب الأول : التعايش السلمي . 211
- المطلب الثاني : السيادة النسبية . 213
- المطلب الثالث : التعاون والتنمية . 217
- المبحث الثالث : تطبيقات عامة للإطار المقترح . 221
- المطلب الأول : بمض التطبيقات من الميدان الدبلوماسي . 221
- المطلب الثاني : بمض التطبيقات من الميدان الحربي . 225
- المطلب الثالث : بمض التطبيقات من الميدان الإقتصادي . 229
- خاتمة البحث . 233
- قائمة المراجع . 239.....
- فهرس البحث . 248